

**Verwaltungsbefehl
und entgegenstehende private Rechte Dritter**

von
Joachim Kormann
aus Nürnberg

Verwaltungsbefehl und entgegenstehende private Rechte Dritter

Inaugural-Dissertation
des Fachbereichs Rechtswissenschaft
der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg

vorgelegt von
Joachim Kormann
aus Nürnberg

Referent: Professor Dr. Walter Schick

Tag der mündlichen Prüfung: 6.2.1975



MATERIELLRECHTLICHER TEIL

1. Abschnitt: Die Bedeutung privater Rechte Dritter für Verwaltungsbefehle, deren Inhalt der Privatrechtslage zuwiderläuft

A) Das grundsätzliche Verbot, durch Verwaltungsbefehl ein privatrechtlich unmögliches ("unzulässiges") Verhalten zu fordern

§ 1 Problemstellung und -lösung, allgemeine Anerkennung und dogmatische Rechtfertigung des Grundsatzes S. 9

§ 2 Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen den Grundsatz im Anordnungs- und Vollstreckungsverfahren S. 26

B) Die Geltung des Verbots im einzelnen

§ 3 Anwendungsbereich des Grundsatzes S. 37

§ 4 Der "Sonderfall" der Verwaltungs- und Verfügungsbeschränkungen bei Gemeinschaften S. 45

§ 5 Einschränkungen des Grundsatzes S. 57

2. Abschnitt: Die ordnungsgemäße Ausschaltung der privaten Drittrechte

A) Die Mittel der Ausschaltung

§ 6 Die Zustimmung des Dritten S. 73

§ 7 Ersetzung der Zustimmung durch ergänzenden Verwaltungsakt ("Ergänzungsakt") gegen den Dritten S. 85

§ 8 Ersetzung der Zustimmung durch Beiladung des Dritten oder formlose Erklärung der Behörde im Verwaltungsprozeß? S. 103

§ 9 Grundsätze zur Wahl des Mittels S. 116

B) Der Zeitpunkt der Ausschaltung

§ 10	Das Problem "nachträglicher und vorübergehender Unmöglichkeit" im öffentlichen Recht	S. 125
§ 11	Materiellrechtliche Fragen	S. 130
§ 12	Prozeßrechtliche Fragen	S. 139
§ 13	Konsequenzen für den maßgeblichen Zeitpunkt bei privaten Gegenrechten Dritter	S. 152

VERFAHRENSRECHTLICHER TEIL

3. Abschnitt: Befugnis und Verantwortung für die Einführung der privaten Gegenrechte Dritter als Entscheidungsgrundlage in das Verwaltungs- und Verwaltungsgerichtsverfahren

§ 14	Der Grundsatz der Amtsaufklärung und die Mitwirkungspflicht der Beteiligten	S. 158
§ 15	Aufklärungspflicht für entgegenstehendes Dritt-recht	S. 173
§ 16	Aufklärungspflicht für privates Recht	S. 184

4. Abschnitt: Private Gegenrechte Dritter und Verfahrensbeteiligung

A) Vorfrage: Die Belastung des Adressaten und des Dritten durch Haupt- und Ergänzungsakt

§ 17	Allgemeines zum Begriff und zu den Voraussetzungen der Belastung	S. 193
§ 18	Belastung bei privaten Gegenrechten Dritter	S. 208

B) Private Gegenrechte Dritter und Beteiligung im verwaltungsgerichtlichen Verfahren

§ 19 Klagebefugnis, Prozeßführungsbefugnis und Rechtsschutzinteresse S. 229

§ 20 Notwendige Beiladung - notwendige Streitgenossenschaft S. 250

§ 21 Einfache Beiladung - einfache Streitgenossenschaft S. 267

C) Private Gegenrechte Dritter und Beteiligung im Verwaltungs- und Widerspruchsverfahren

§ 22 Beteiligung bei Vorbereitung der Entscheidung S. 277

§ 23 Beteiligung bei Verwirklichung und Durchführung der Entscheidung S. 289

ZUSAMMENFASSUNG S. 306

Literaturverzeichnis S. 308

Lebenslauf S. 317

EINFÜHRUNG

1. Öffentliches und privates Recht

Unsere geltende Rechtsordnung fußt auf einer scharfen gedanklichen Trennung zwischen öffentlichem und privatem Recht.¹⁾

Damit entstehen Zweifelsfragen, wenn sich Erscheinungen beider Gebiete berühren. Das gilt nicht nur für Fragen der Abgrenzung,²⁾ sondern auch für eine "funktionale" Betrachtung: Öffentliches und privates Recht sowie ihre einzelnen Rechtsinstitute stehen nicht beziehungslos nebeneinander, Erscheinungen und Beurteilungen auf dem einen Gebiet beeinflussen solche auf dem anderen wesentlich und dauerhaft. Diese Einwirkung ist auch häufig nicht nur als faktisch,³⁾ sondern als rechtlich, damit verbindlich, zu qualifizieren. Nur für den letzten Fall soll im folgenden von "Funktionalität" gesprochen werden: Öffentlich- und privatrechtliche Erscheinungen sind funktional zueinander, wenn sie in einem rechtlich verbindlichen Ursache-Folge-Verhältnis stehen, wenn die Erscheinung der einen Sphäre Tatbestandsmerkmale einer Vorschrift des anderen Gebietes ausfüllt oder sonst für die Subsumtion des Sachverhalts unter die Norm rechtlich - nicht nur tatsächlich - von Belang ist.

Einige Beispiele⁴⁾ mögen dies - ohne Anspruch auf Vollständigkeit oder Systematik - verdeutlichen:

Ein privates Rechtsinstitut, etwa das Eigentum, kann positive oder negative Voraussetzung für öffentliche Rechte (z. B. Anerkennung der baurechtlichen "Nachbareigenschaft", Versagung von Sozialhilfe) oder Pflichten (Grundsteuer, Straßenreinigungspflicht) sein. Umgekehrt kann ein öffentlichrechtlicher Akt auf Begründung oder Änderung privater Rechtsverhältnisse gerichtet

1) Vgl. etwa Rinck, WiR 1972, S. 7, 8, mit weiteren Nachweisen auch zur historischen Entwicklung.

2) Z. B. die Prüfung, welchem Rechtsgebiet ein Handeln des Staates zuzurechnen ist oder ob es gerade in dieser Sphäre erfolgen durfte.

3) Z. B. ähnliche oder gleiche Auslegung von Begriffen, die in beiden Rechtsgebieten auftauchen, weil schon "geistige Vorarbeit" geleistet wurde, ohne daß eine gleiche Auslegung zwingend geboten wäre.

4) Zum Teil entnommen aus Wolff, Verwaltungsrecht I, S.102.

(Namensänderung, Enteignung, Mietpreisfestsetzung, Kontrahierungszwang nach § 6 Abs. 1 Energiewirtschaftsgesetz) oder sonst Voraussetzung für ihre Umgestaltung sein (Genehmigung der Auflassung nach § 19 Abs. 2 Nr. 1 BBauG, Zustimmung zur Kündigung des Arbeitsverhältnisses nach dem Schwerbeschäftigtenengesetz).

Nicht immer freilich ist diese Beziehung gesetzlich festgelegt und eindeutig. Dann kann zu prüfen sein, ob überhaupt Funktionalität besteht, d. h. ob das Geschehen auf dem einen Sektor für die rechtliche Beurteilung von Befugnissen, Pflichten, Handlungen des anderen relevant ist; wenn ja, in welchem Umfang, mit welchen Auswirkungen im einzelnen. Diese Frage läßt sich meist in zwei Richtungen formulieren: "Wie wird das private durch das öffentliche Recht" oder "Wie wird das öffentliche durch das private Recht beeinflusst?" Im ersten Fall hat man vor allem mit Denkmodellen, Rechtskonstruktionen und dogmatischen Methoden des Zivilrechts zu arbeiten, im anderen überwiegend mit solchen des öffentlichen Rechts. Ob die Versagung der Genehmigung eines Grundstückskaufvertrages zu Nichtigkeit, Rücktrittsrecht, Schadensersatzpflichten usw. führt, entscheidet sich nach privaten Vereinbarungen, nach Zivilrecht. Ob die Genehmigung dagegen versagt werden kann oder muß, ist nach Verfassungs- und Verwaltungsrecht zu beurteilen: Die einschlägige Norm des öffentlichen Rechts ist in ihren einzelnen Tatbestandsmerkmalen zu untersuchen, allgemeine Grundsätze - etwa über Ermessensausübung, Verhältnismäßigkeit, Legitimität bestimmter Zielsetzungen - sind anzuwenden.

Die vorliegende Arbeit - sie betrachtet das Thema vom öffentlich-rechtlichen Aspekt - will sich grundsätzlich auf diese zweite Alternative beschränken. Dabei ist durchaus zu beachten, daß funktionale Rückwirkungen stets auftreten können und nicht völlig vernachlässigt werden dürfen.⁵⁾ In diesem Fall und bei der hier häufig notwendigen Erörterung auch zivilrechtlicher Vorfragen wird man immer wieder gezwungen sein, auch Probleme des Privat-

5) Prüft man z. B. öffentlichrechtliche Genehmigungsbedürftigkeit eines zivilrechtlichen Vertrages, so ist die öffentlichrechtliche Norm maßgeblich. Gleichwohl kann sich gerade im Hinblick auf diesen Genehmigungsvorbehalt eine bestimmte Auslegung der Vereinbarungen aufdrängen, die dann allein mit zivilrechtlichen Überlegungen zu begründen ist.

rechts etwas eingehender zu erörtern. Ziel der Untersuchung bleibt jedoch immer die Prüfung der öffentlichen Rechtslage. Methoden und Mittel sind daher in erster Linie solche des öffentlichen Rechts.

2. Private Rechtsbeziehung als Ursache für öffentlichrechtliche Folgen

Private Rechtsbeziehungen können auf die vielfältigste Weise "Ursache" für öffentlichrechtliche "Folgen" werden. Eine zivilrechtliche Erscheinung ist unter Umständen zwingende Voraussetzung für die Geltendmachung einer behördlichen Befugnis oder für ein Recht des Bürgers auf bestimmtes behördliches Verhalten; sie mag aber auch gesetzliche Ausnahmetatbestände schaffen, also Pflicht oder Befugnis der Behörde einschränken; sie kann schließlich für die Ausübung eingeräumten Ermessens bedeutsam werden.

Wie weit öffentlichrechtliche Folgen an privatrechtliche Voraussetzungen gebunden werden, bleibt grundsätzlich der positivrechtlichen Ausgestaltung durch die Legislative überlassen. Freilich ist durch Gesetz ausdrücklich gebotene Berücksichtigung nicht die einzig mögliche Quelle solch funktionaler Beziehung: Verfassungsnormen schränken die positive wie die negative Regelungsbefugnis ein, zusätzlich kann sich auch aus dem Gesetzeszusammenhang oder aus ungeschriebenen allgemeinen Grundsätzen des Verwaltungsrechts ein Verbot, ein Recht oder eine Pflicht zur Berücksichtigung privater Rechte ergeben. Dies mag folgendes Beispiel verdeutlichen: Der Gesetzgeber legt bei einem behördlichen Erlaubnisverfahren häufig fest, ob und welche privaten Rechte Dritter der Erlaubniserteilung entgegenstehen. Damit erscheint zunächst bei Erteilung einer Baugenehmigung die private Rechtslage bedeutungslos.⁶⁾ Nach wohl herrschender, wenn auch umstrittener Meinung können aber bestimmte private Gegenrechte Dritter auf dem Umweg über das sogenannte "Sachbescheidungsinteresse" berücksichtigt werden und die Behörde zur Versagung der Genehmigung berechtigen.⁷⁾ Solche Einwirkung über allgemeine

⁶⁾ Vgl. Art. 91 Abs. 7 BayBO und die übereinstimmenden Vorschriften der anderen Bundesländer.

⁷⁾ Vgl. dazu grundsätzlich Gierth, DVBl. 1967, S. 848 ff. m.w.N.; Schwerdtfeger, DÖV 1966, S. 496; W. Kienzle, NJW 1965, S. 1498.

Grundsätze des Verwaltungs- oder Verfassungsrechts ohne ausdrückliche Regelung in der einschlägigen Spezialnorm soll als "mittelbare Funktionalität" bezeichnet werden.

3. Abgrenzung des Arbeitsgebiets und Aufbau der Untersuchung

Handelt es sich beim Erlaubnisverfahren darum, daß die Behörde etwas erlauben soll, was der Antragsteller kraft privaten Rechts eines Dritten nicht tun darf, so kann sich eine andere Problemlage ergeben, wenn die Behörde vom Bürger etwas verlangt, wozu er wegen privater Drittrechte nicht befugt ist. Dieser Fall liegt - in seinen materiellrechtlichen und verfahrensrechtlichen Aspekten - der vorliegenden Arbeit zugrunde. Anders als teilweise bei Gestattungsakten schreibt der Gesetzgeber bei ge- oder verbotenden Verwaltungsakten, bei "Verwaltungsbefehlen", ganz allgemein eine Berücksichtigung privater Rechte Dritter nicht vor. Derartige Verwaltungsakte ergehen - wie die rein öffentlichrechtliche Unbedenklichkeitsbescheinigung - "unbeschadet der privaten Rechte Dritter". Eine unmittelbare Funktionalität besteht also nicht. Hier scheint der Dritte, scheinen seine Rechte unberührt zu bleiben, umgekehrt die öffentliche Rechtslage unbeeinflußt von den privaten Rechten des Dritten. Jedoch stellt sich diese Arbeit die Frage, ob eine mittelbare Funktionalität über allgemeine Grundsätze des Verwaltungsrechts oder sonstige Normen in Betracht kommt. Sie fragt, ob allgemein und grundsätzlich eine Behörde vom Bürger etwas verlangen kann, was er kraft privaten Rechts eines Dritten zu tun nicht berechtigt ist. Sie legt dar, wie die Behörde in derartigen Fällen das öffentliche Interesse durch geeignete Maßnahmen notfalls auch gegenüber dem Dritten durchsetzen kann. Sie untersucht schließlich die verfahrensrechtlichen Beziehungen der Beteiligten. Ein knapper Hinweis zum Aufbau der Arbeit soll der Übersichtlichkeit dienen:

Der erste Teil erörtert die materielle Rechtslage, entwickelt den Grundsatz, daß private Gegenrechte Dritter im Gebots- und Verbotsverfahren zu beachten sind, will Rechtsfolgen und Anwendungsbereich dieses Grundsatzes sowie Mittel und Zeitpunkt für die - dennoch mögliche - Ausschaltung des privaten Drittrechts durch die Behörde klären.

Der zweite Teil betrachtet das Thema vom verfahrensrechtlichen Aspekt, prüft, wer die Existenz der Drittrechte ins Verfahren einführen kann bzw. muß, und will Grundsätze für die rechtliche Bewältigung des entstehenden Dreiecksverhältnisses im gerichtlichen und behördlichen Verfahren aufstellen, dabei vor allem zeigen, welche Rolle dem Dritten zukommen muß oder kann.

MATERIELLRECHTLICHER TEIL

1. Abschnitt: Die Bedeutung privater Rechte Dritter für Verwaltungsbefehle, deren Inhalt der Privatrechtslage zuwiderläuft

- A) Das grundsätzliche Verbot, durch Verwaltungsbefehl ein privatrechtlich unmögliches ("unzulässiges") Verhalten zu fordern

§ 1 Problemstellung und -lösung, allgemeine Anerkennung und dogmatische Rechtfertigung des Grundsatzes

1. Allgemeines

- 1.1 Praktische Beispiele
- 1.2 Allgemeine Lösung des Konflikts
- 1.3 Zweifelsfragen

2. Dogmatische Herleitung des Grundsatzes in der Literatur

- 2.1 Gewohnheitsrecht, Analogie
- 2.2 Untauglichkeit des Mittels
- 2.3 Ermessensfehler bei Wahl des Adressaten
- 2.4 Zustandshaftung und Verfügungsmacht
- 2.5 Subsidiarität öffentlichrechtlichen Vorgehens
- 2.6 Schutz des berechtigten Dritten
- 2.7 Grundsatz der Verhältnismäßigkeit

3. Eigene Auffassung: Herleitung aus Art. 20 Abs. 3 GG

- 3.1 Die "Bindung" der Behörde
- 3.2 Die private Rechtsordnung als "Gesetz"

1. Allgemeines

Der Konflikt zwischen Verwaltungsbefehl und seiner Erfüllung entgegenstehenden privaten Rechten Dritter ist in den unterschiedlichsten Fällen möglich. Auf allen Gebieten der Eingriffsverwaltung, des "Polizeirechts" im weitesten Sinne, kann das öffentliche Interesse ein Vorgehen der Behörde ohne Rücksicht auf private Verpflichtungen des Betroffenen anderen gegenüber verlangen. Die Literatur ¹⁾ zitiert hier in der Regel als feststehenden Grundsatz, vom Einzelnen dürfe nichts "unzulässiges", "rechtlich unmögliches" verlangt werden, d. h. auch nichts, was private Rechte Dritter verböten. Die Behörde wird darauf verwiesen, ergänzend auch gegen diesen Dritten mit geeigneten Maßnahmen (z. B. Duldungsanordnung) vorzugehen, seine Gegenrechte auszuschalten.

1.1 Praktische Beispiele

Gerichte hatten sich mit diesen Fragen u.a. bei Anfechtung folgender Verwaltungsbefehle ²⁾ zu befassen: Aus bau-, gesundheits- oder feuerpolizeilichen Gründen wird vom Eigentümer trotz bestehenden Miet- oder Pachtvertrages fristlose Kündigung ³⁾, endgültige oder vorübergehende Räumung ⁴⁾, größere bauliche Veränderung ⁵⁾ oder gar ein Abbruch der vermieteten Anlage ⁶⁾ verlangt oder es wird ihm gegenüber eine Benutzungsuntersagung ausgesprochen. ⁷⁾ Umgekehrt wird dem Mieter oder Pächter Beseitigung einer fremden Anlage geboten ⁸⁾, wird er durch Auflagen nach Gaststättengesetz ⁹⁾, Baurecht ¹⁰⁾ oder §§ 16 ff. GewO ¹¹⁾ angehalten, bestimmte bauliche Maßnahmen einzuleiten, die über seine vertraglichen Befugnisse hinausgehen könnten. Der Nießbraucher

- ¹⁾ Vgl. statt vieler: Drews-Wacke, Polizeirecht, S. 284
²⁾ Eine systematisch geordnete und sehr eingehende Zusammenstellung gibt: Erbel, Unmöglichkeit, S. 71 bis 77
³⁾ OVG Lüneburg, DÖV 1968, 699
⁴⁾ ProVGE 24, 384; 86, 258; 105, 229
⁵⁾ ProVGE 1, 361; OVG Hamburg, VerwRSpr. 5, 841
⁶⁾ BayVGH, VerwRSpr. 18, Nr. 142; VGH Stuttgart, VerwRSpr. 9, 978; OVG Hamburg, DVBl. 1957, 867; ProVGE 64, 476
⁷⁾ VGH Kassel, DVBl. 1964, 690
⁸⁾ VG Stuttgart, GewArch. 1970, 237
⁹⁾ BVerwG, BayVBl. 1969, 64
¹⁰⁾ ProVGE 38, 376
¹¹⁾ BVerwG, DÖV 1966, 761 - vgl. jetzt §§ 4 ff. des neuen, am 1. 4. 1974 in Kraft getretenen Bundesimmissionsschutzgesetzes (BImSchG), BGBl. 1974 I S. 721

soll am Grundstück oder Gebäude Veränderungen vornehmen, zu denen unter Umständen nur der Eigentümer befugt ist,¹²⁾ bzw. umgekehrt.¹³⁾ Dem Grundstückseigentümer werden Maßnahmen aufgegeben, zu denen er in das Grundstück des Nachbarn eingreifen muß, in den Luftraum¹⁴⁾, durch Erdbewegungen auf fremdem Grund¹⁵⁾, durch Anlegen eines Geländers.¹⁶⁾ Vom Eigentümer wird eine Verwaltungsmaßnahme verlangt, obwohl sein Grundstück unter Zwangsverwaltung steht;¹⁷⁾ von einem Eisenbahnunternehmer¹⁸⁾, einem Wegebaupflichtigen¹⁹⁾ wird durch Auflagen oder sonstige Verfügungen Inanspruchnahme fremden Grundes gefordert.

Nicht grundsätzlich anders liegt schließlich auch der Sachverhalt, in dem ein Mitglied einer "Gemeinschaft" im weiteren Sinne (Miteigentum, Gesellschaft des BGB, oHG, Erbengemeinschaft, nichtrechtsfähiger Verein, schlichte Rechtsgemeinschaft u.ä.) in Anspruch genommen wird, obwohl es nach bürgerlichem Recht oder einzelvertraglichen Vereinbarungen nicht (allein) verfügbefugt oder verwaltungsberechtigt ist.²⁰⁾ Als Hindernis ist auch hier vor allem die mangelnde private Berechtigung denkbar. Gerade auch diese Fälle, ihre nur vermeintlichen und ihre wirklichen Besonderheiten, will die vorliegende Arbeit eingehend würdigen.

1.2 Allgemeine Lösung des Konflikts

In allen genannten Beispielen legt die Behörde dem Bürger durch Verwaltungsbefehl eine Pflicht auf, die er kraft privaten Rechts nicht erfüllen darf. Dieses Hindernis kann auf schuldrechtlichen Ansprüchen Dritter beruhen, die den Adressaten des Verwaltungsakts gerade zum Gegenteil des angesonnenen Verhaltens verpflichten; es kann sich aus dinglichen oder sonstigen absoluten Rechten

12) ProVGE 70, 419

13) VG Karlsruhe, DVBl. 1956, 838

14) ProVGE 104, 203

15) ProVGE 87, 456

16) ProVGE 38, 447

17) ProVGE 105, 229

18) ProVGE 38, 362

19) ProVGE 24, 194

20) Vgl. dazu aus der teilweise im Ergebnis sehr unterschiedlichen Rechtsprechung: ProVGE 58, 408; 69, 401; 103, 189; OVG Hamburg, VerwRSpr. 18, Nr. 143; BayVGH, BayVBl. 1968, 252; BVerwG, DVBl. 1966, 792 - anders nunmehr in BayVBl. 1973, 161.

ergeben, in die bei Gehorsam gegenüber dem behördlichen Verlangen eingegriffen werden müßte; es kann schließlich auch auf echte Verfügungsbeschränkungen zurückzuführen sein. Stets besteht für den Adressaten des Verwaltungsakts das Risiko, "zwischen zwei Mühlsteine zu geraten". Kommt er dem Polizeibefehl nach, so verstößt er gegen privates Recht, macht er sich unter Umständen schadensersatzpflichtig oder erleidet sonstige zivilrechtliche Nachteile. Mißachtet er aber die behördliche Aufforderung, so hat er mit Vollstreckungsakten zu rechnen. In der Rechtsprechung hat das ProVG diese Problematik schon frühzeitig erkannt und den Grundsatz entwickelt, vom Bürger dürfe "schon aus der Natur der Sache" durch Verwaltungsakt nichts unmögliches verlangt werden. ²¹⁾ Subsumiert hierunter werden auch die Fälle der rechtlichen, insbesondere der auf mangelnder privatrechtlicher Befugnis beruhenden Unmöglichkeit, dem Verwaltungsbefehl nachzukommen, der sogenannten Unzulässigkeit (vgl. Art. 13 BayPAG). Ein Verwaltungsakt, der diesen Grundsatz mißachtet, der vom Adressaten ausdrücklich oder konkludent Verstoß gegen die private Rechtsordnung verlangt, wird als rechtswidrig angesehen. ²²⁾ Die Rechtslehre hat sich dem - in der Regel ohne nähere Erörterung - angeschlossen. ²³⁾ Soweit von der Rechtsprechung vereinzelt anders entschieden und festgestellt wurde, private Rechte könnten das öffentliche Interesse nicht berühren, ²⁴⁾ betraf dies eine andere Sachlage oder beruhte darauf, daß das Problem nicht in vollem Umfang erkannt wurde. Freilich vermögen privatrechtliche Vereinbarungen über die Polizeipflicht die Behörde nicht zu binden. So kann sich etwa der Hauseigentümer nicht darauf berufen, eine öffentlichrechtliche Pflicht sei nach den abgeschlossenen Mietverträgen durch die Mieter zu erfüllen. Die Polizeipflichtigkeit ist nicht "abwählbar". ²⁵⁾

²¹⁾ ProVGE 24, 384/385; 38, 179/181

²²⁾ ProVGE 24, 384/385; 64, 476/478; 87, 456

²³⁾ Vgl. etwa: Drews-Wacke, Polizeirecht, S. 284; Wolff, Verwaltungsrecht I, S. 373 unten; Forsthoff, Verwaltungsrecht I, S. 228; Fleiner, Institutionen, S. 204

²⁴⁾ So ProVGE 1, 631/634; ähnlich wohl VG Karlsruhe, DVBl. 1956, 83

²⁵⁾ Vgl. Drews-Wacke, Polizeirecht, S. 207, 238; Fleiner, Institutionen, S. 159; OVG Berlin, DVBl. 1952, 758/759

Jedoch macht der Betroffene hier nicht mangelnde eigene privatrechtliche Befugnis geltend. Nicht entgegenstehende Rechte, sondern übernommene Pflichten des Dritten stehen hier in Frage. Nicht fremde private Rechte hindern den Adressaten an Herstellung eines polizeimäßigen Zustandes, vielmehr will er kraft eigener privater Rechte dazu nicht verpflichtet sein. ²⁶⁾ Nur in diesem Sinn hat auch die vorher genannte Feststellung des ProVG ²⁴⁾ ihre Bedeutung, nur insoweit kann und muß ihr zugestimmt werden.

1.3 Zweifelsfragen

Trotz der ganz allgemeinen Anerkennung des Prinzips, nichts privatrechtlich unzulässiges dürfe verlangt werden, besteht doch weithin große Unsicherheit in wesentlichen Einzelfragen. Wann eigentlich liegt "rechtliche Unmöglichkeit" wirklich vor: Etwa erst, wenn der Dritte tatsächlich Widerstand leistet - wenn solcher Widerstand zumindest zu erwarten ist - wenn für die Behörde keine Möglichkeit mehr besteht, diesen Widerstand zu brechen? Einzelne Fallgruppen werden von Rechtsprechung und Lehre - zum Teil ohne jede Begründung und häufig ohne einleuchtenden Grund - gegensätzlich behandelt: So unterscheidet etwa Forsthoff ²⁷⁾ zwischen Handlungen, die privatrechtlich unzulässig sind, und solchen, die der Zustimmung eines Dritten bedürfen; so verweist die herrschende Meinung derartige Einwendungen ins Verwaltungsvollstreckungsverfahren, wenn sie Verfügungsbeschränkungen bei Gemeinschaften (etwa § 2040 BGB) betreffen, ²⁸⁾ prüft aber in allen anderen Fällen die privatrechtliche Befugnis schon bei Klagen gegen die zu vollstreckende Anordnung selbst. Diese und ähnliche Fragen lassen sich nur zufriedenstellend lösen, wenn die apodiktische Feststellung des ProVG ²⁹⁾ dogmatisch gerechtfertigt wird, es dürfe der Natur der Sache nach nichts privatrechtlich unzulässiges verlangt werden. Es muß ein im gesamten Verwaltungsrecht geltender Grundsatz dieses Inhalts gesucht, in seinem Ursprung bestimmt und seinem Umfang nach eindeutig festgelegt werden.

26) Auch in ProVGE 24, 384/386 werden diese beiden Gedankengänge getrennt.

27) Verwaltungsrecht I, S. 228

28) Vgl. näher in § 4 dieser Arbeit

29) ProVG 24, 384/385

2. Dogmatische Herleitung des Grundsatzes in der Literatur

An vielfältigen Versuchen, den allgemein anerkannten Grundsatz auch dogmatisch zu rechtfertigen, fehlt es nicht. Die wichtigsten Ansätze werden im folgenden kurz dargelegt und an den Maßstäben des geltenden Rechts, der Interessenlage aller Beteiligten und der praktischen Konsequenzen gemessen.

2.1

Der nächstliegende Weg, die Annahme von Gewohnheitsrecht oder einer Analogie zu spezialgesetzlichen Regelungen,³⁰⁾ erweist sich als Sackgasse. Freilich könnte man in diesem Fall auf eine weitere "Ableitung" verzichten, auch ließe sich die Annahme von Gewohnheitsrecht angesichts der stetigen Rechtspraxis wohl halten: Daß durch Behörden nichts - auch privatrechtlich - unzulässiges verlangt werden darf, kann dem Kern nach - allerdings auch nur insoweit - als seit Jahrzehnten gesicherter Grundsatz des deutschen öffentlichen Rechts gelten. Das enthebt aber nicht einer Messung dieses Grundsatzes an der heutigen, v. a. der verfassungsrechtlichen Rechtslage, die seinen Inhalt wesentlich modifiziert haben kann. Zudem lassen sich durchaus vorhandene echte Zweifelsfragen hier weder mit Gewohnheitsrecht noch durch Analogien lösen.³¹⁾ Diesen Ausweg suchen, hieße letzten Endes nur den Problemen auszuweichen. Solche Unsicherheiten können ohne Zurückgehen auf die eigentliche Ursache, den "Rechtsgrund" dieses Grundsatzes keineswegs behoben werden. Nicht Analogie zu in ihrer Aussage ungesicherten, im Umfang zweifelhaften spezialgesetzlichen Regelungen ist hier angebracht, sondern Auslegung dieser Normen durch Besinnung auf die Grundgedanken, Grundsätze und Grundentscheidungen, auf denen sie beruhen. Hierfür bieten sich mehrere Möglichkeiten an, die von Rechtsprechung und Lehre auch zum Teil schon erwogen wurden.

30) Dieser Weg wird vor allem in der Form beschritten, daß Spezialregelungen nur als - gleichsam deklaratorische - normierte Ausprägung eines ohnehin geltenden gewohnheitsrechtlichen Grundsatzes verstanden werden - so wohl zu Art. 13 Abs. 1 Satz 2 BayPAG, Mang in: Mang-Maunz-Mayer-Obermayer, Staats- und Verwaltungsrecht, S. 369

31) Ob z.B. Unmöglichkeit vorliegt, wenn die Zustimmung des Dritten nur im Augenblick fehlt, oder dann, wenn sie mit Wahrscheinlichkeit nicht erteilt werden wird, oder gar erst, wenn sie durch behördliches Vorgehen endgültig nicht mehr ersetzt werden kann, läßt sich damit nicht festlegen.

2.2

Das PrOVG entschied zunächst Fälle der tatsächlichen Unmöglichkeit der Ausführung eines Verwaltungsbefehls und stellte dem dann die sog. "rechtliche Unmöglichkeit = Unzulässigkeit" gleich. ³²⁾ Dabei führte es den Grundsatz auf das Verbot der Wahl eines ungeeigneten Mittels zurück: Ein VA, der seinen Zweck nicht erreichen könne, sei fehlerhaft, er entbehre des stets erforderlichen öffentlichen Interesses. Nun kann allerdings kein Zweifel bestehen, daß der Befehl einer tatsächlich unmöglichen Handlung oder Unterlassung zur Erreichung eines verfolgten Zieles nicht taugt. Auch bei entgegenstehenden Rechten Dritter kann im Einzelfall der Zweck dann nicht erreicht werden, wenn sich der Berechtigte erfolgreich gegen Eingriffe zur Wehr setzt. Anders aber ist es, wenn der Adressat des Verwaltungsakts (VA) durch rechtswidriges, aber wirksames Vorgehen den Willen der Behörde durchsetzt, etwa unter Bruch des Mietvertrages, durch verbotene Eigenmacht, womöglich sogar gewaltsam den Willen des Mieters bricht und ihn auf die Straße setzt. Der behördlich gewünschte Erfolg ist damit erreicht, das angewandte Mittel läßt sich schlecht als untauglich bezeichnen. Dennoch wurde - und das zu Recht - bei Beurteilung der Rechtswidrigkeit derartiger VAE nie darauf abgestellt, ob etwa der Dritte widerrechtlich zur Duldung tatsächlich gezwungen werden könnte. Vielmehr hat man stets betont, die Behörde dürfe rechtswidrige Eingriffe schlechthin nicht verlangen, sie dürfe nicht verbotene eigenmächtige Selbsthilfe befehlen. ³³⁾

Die Untauglichkeit des Mittels kann daher nicht die einzige, die für alle Fälle entgegenstehender privater Rechte Dritter geltende Ursache der Fehlerhaftigkeit solcher Verfügungen sein. Sie kann lediglich - je nach Sachlage - einen zusätzlichen Grund für die Rechtswidrigkeit des Eingriffs abgeben.

³²⁾ Vgl. etwa PrOVGE 95, 121; dem folgend: Drews-Wacke, Polizeirecht, S. 284; wohl auch Ule-Rasch, Polizei- und Ordnungsrecht, Anm. 9 zu § 41 PVG.

³³⁾ PrOVGE 24, 384/385; 64, 476/477

2.3

Ähnlich verhält es sich mit einem v. a. von Ule ³⁴⁾ gerügten Ermessensmißbrauch bei Auswahl des Adressaten. Welcher von mehreren vorhandenen Polizeipflichtigen, ob der Verhaltens-, der Zustands- oder der sog. "Doppelstörer" in Anspruch genommen wird, ist freilich grundsätzlich Ermessenssache; Ermessensfehler sind daher denkbar. Bei Ausübung des Ermessens mag auch zu berücksichtigen sein, durch welche Maßnahme der Erfolg schneller und sicherer erreicht wird, für welchen Polizeipflichtigen die Belastung geringer ist. Ein Ermessen kann aber nur in der Wahl zwischen zwei zulässigen Arten des Vorgehens bestehen. Hat die Behörde schon aus anderen Gründen Rücksicht auf private Rechtsbeziehungen zu nehmen, so liegt nie Ermessensmißbrauch vor, sondern es wird ein überhaupt nicht bestehendes Ermessen in Anspruch genommen. Nicht erst ein Ermessensfehler macht den VA rechtswidrig, sondern der davon unabhängige Grundsatz, nach dem auf das private Recht Rücksicht zu nehmen ist. ³⁵⁾

2.4

Einen nur beschränkten Geltungsbereich hat auch die v. a. von Wolff ³⁶⁾ angestellte Erwägung, die Zustandshaftung des Polizeipflichtigen beruhe auf seiner rechtlichen und tatsächlichen Verfügungsgewalt, jene könne daher nicht weiter als diese reichen. Das mag durchaus zutreffen. Es ist aber kein Grund ersichtlich, auf diese Verfügungsmacht beim Vorgehen gegen den Verhaltensstörer zu verzichten. Auch von ihm darf nichts unzulässiges oder unmögliches verlangt werden. ³⁷⁾ Wird daher gegen den Zustandsstörer ohne Rücksicht auf seine Verfügungsmacht über die störende Sache eingeschritten, so ist schon - nicht aber allein - aus diesem Grund der VA fehlerhaft.

34) Ule-Rasch, a.a.O., Anm. 8 zu § 20 PVG - vgl. aber andererseits FN 32.

35) Ähnlich ist wohl auch das OVG Hamburg, VerwRSpr. 5, 841/843 zu verstehen.

36) Verwaltungsrecht III, S. 64; ebenso Drews-Wacke, a.a.O., ~~§ 117~~ S. 232 im Gegensatz zu S. 284.

37) Vgl. z.B. Art. 13 Abs. 1 Satz 2 BayPAG.

2.5

Auch ein vom ProVG ³⁸⁾ entwickelter Grundsatz, die Behörde habe sich einer Einmischung in privatrechtliche Angelegenheiten grundsätzlich zu enthalten, führt nicht zu einer allgemein zutreffenden Lösung. Dem Gericht ist einzuräumen, daß es nicht Aufgabe der Verwaltungsbehörden ist, Rechtsverhältnisse und Streitigkeiten zwischen zwei Privatleuten zu regeln. Dieser weit verstandene Subsidiaritätsgrundsatz betrifft wohl nicht nur Fälle, in denen die Behörde gerade mit dem Ziel eingreift, ausschließlich private Rechte einer Zivilperson gegen Dritte durchzusetzen. Er dürfte auch gelten, wenn diese Durchsetzung gleichsam Nebenergebnis bei Verfolgung eines davon unabhängigen öffentlichen Interesses wäre. Hat es die Behörde im ersten Fall grundsätzlich den Privatpersonen selbst zu überlassen, notfalls mit Hilfe der Zivilgerichte ihre privaten Rechte zu verwirklichen, so hat sie im zweiten Fall vorrangig derart vorzugehen, daß die privaten Rechtsbeziehungen rechtlich und tatsächlich unberührt bleiben. Soll sie dort erst eingreifen, wenn "normale" Durchsetzung nicht möglich ist oder zu spät kommt, so darf sie hier nur privatrechtsgestaltend wirken, wenn dies der einzig mögliche Weg zur Durchsetzung des öffentlichen Interesses ist.

Dieser Grundsatz darf freilich, ist die Privatrechtsgestaltung nur (unerwünschtes) Nebenergebnis, auch nur vom Blickwinkel der Subsidiarität verstanden werden. Er bindet die Behörde unter Umständen in der Wahl des Vorgehens, kann aber nie ihr Einschreiten völlig verbieten. Ist ein Weg gangbar, der private Rechtsbeziehungen unberührt läßt, so muß er gesucht werden. Anders jedoch, wo dies überhaupt nicht möglich oder wo es unzweckmäßig ist, wo jede Art des Vorgehens Privatrecht gestalten oder wo der Verzicht auf privatrechtliche Nebenergebnisse den Erfolg der Maßnahme unzumutbar erschweren oder verzögern würde. Gerade das ist bei den zu untersuchenden Sachverhalten in aller Regel der Fall. Typisch hierfür ist es etwa, wenn Abbruch eines vermieteten Hauses erreicht werden soll. Der Eigentümer ist nach dem Mietvertrag zur weiteren Gebrauchsüberlassung verpflichtet, der Mieter andererseits zu Eingriffen in die Sachsubstanz nicht berechtigt. Soll dem öffentlichen

38) Grundsätzlich: ProVGE 38, 447/453; ähnlich ProVGE 87, 456/457 und wohl auch OVG Münster, DÖV 1968, 697/698

Interesse Genüge getan werden, so muß die Behörde zwangsläufig die private Rechtslage verändern oder wenigstens auf ihre Änderung hinwirken. Hier erhebt sich nicht die Frage, ob die Behörde unter voller Zweckerreichung einen Weg finden kann, der private Rechte unberührt läßt. Es entsteht vielmehr das Problem, daß sie notwendig in die privatrechtlichen Beziehungen eingreifen muß, soll dem öffentlichen Interesse Genüge getan werden. Dafür aber kann das Subsidiaritätsprinzip keinerlei Aussagen machen. Es klärt nicht, ob, warum und inwieweit private Gegenrechte Dritter zu beachten sind, sondern besagt nur, daß nach Möglichkeit private Rechtsbeziehungen nicht entschieden oder verändert werden sollen.

2.6

Im Sonderfall des Gebots an das Mitglied einer Gemeinschaft ohne Rücksicht auf dessen fehlende alleinige Verfügungsbefugnis wird von der Rechtsprechung eine weitere Möglichkeit angedeutet: Man könnte versucht sein, den Schutz gerade des Drittberechtigten als maßgeblichen Grund für Bedenken gegen derartige VAe anzusehen.³⁹⁾ Dieser Gedanke muß aber abgelehnt werden. Einmal ist es zumindest fraglich, ob durch einschlägige VAe die privaten Rechte des Dritten überhaupt unmittelbar betroffen werden oder ob dies erst durch einen Vollstreckungsakt der Behörde oder durch Handeln des anderen geschieht.⁴⁰⁾ Außerdem könnte nach geltendem Verwaltungsprozeßrecht deswegen allenfalls der Dritte, nie aber der Anordnungsadressat selbst die zivilrechtliche Unzulässigkeit der abverlangten Handlung rügen: Aufhebung eines VA kann nach §§ 42 Abs. 2, 113 Abs. 1, Satz 1 VwGO nach allgemeiner Meinung nur bei und gerade wegen Verletzung eigener Rechte verlangt werden. Der direkt und am stärksten Betroffene wäre wohl mit dem Einwand der rechtlichen Unmöglichkeit ausgeschlossen, wollte man diesen Einwand nur aus Interessen des Dritten ableiten. Er bliebe in der Zwangslage zwischen Nichtbefolgung behördlicher Anordnungen und Verletzung privater Rechte, er könnte sich nicht dagegen wehren, daß ihm ein rechtswidriges Verhalten angesonnen wird. Selbst wenn man all diese Bedenken zurückstellen wollte, bringt im übrigen der Gedanke des "Drittschutzes" nur eine Scheinlösung. Er mag als rechtspolitisches

39) Vgl. OVG Berlin (AS) 6, 113/116

40) Näheres dazu wird im 4. Abschnitt dieser Arbeit ausgeführt.

Argument taugen, bietet aber in keinem Fall eine klare, rechtlich faßbare Konstruktion. Die Begründung, daß und inwieweit hier Funktionalität zwischen privatem und öffentlichem Recht vorhanden ist, kann nicht allein auf Zweckmäßigkeitserwägungen und Prüfung der Interessenlage abstellen. Sie bedarf, will sie eine zwingende rechtliche Beziehung zwischen privatem Gegenrecht und Verwaltungsbefehl implizieren, auch einer konkreten rechtlichen Grundlage. Dazu aber sind die genannten Überlegungen nicht imstande.

2.7

Eine andere Begründung des Verbots, privatrechtlich unmögliches zu verlangen, klingt in einer Entscheidung des BVerwG ⁴¹⁾ an: Solche Belastung des Bürgers könne gegen den "Grundsatz der Verhältnismäßigkeit" verstoßen. Daß dieser Grundsatz heute verfassungsrechtlich verankert ist, wird allgemein anerkannt. Der Frage, ob dies letztlich auf Art. 20 Abs. 1 oder Abs. 3 oder auf Art. 19 Abs. 2 GG zurückzuführen ist, braucht hier nicht näher nachgegangen zu werden. Auch über seinen Umfang herrscht im großen und ganzen Einigkeit, allerdings bestehen Unklarheiten in der Nomenklatur. ⁴²⁾

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im allerweitesten Sinne seines Gebrauchs umfaßt auch den der Erforderlichkeit oder Notwendigkeit eines Eingriffs, d.h. die Frage, ob überhaupt ein Einschreiten angebracht ist; weiter den des geringstmöglichen Eingriffs: Hier steht die Wahl zwischen zwei Arten des Vorgehens in Frage, von denen eine für den oder die Betroffenen weniger belastend ist. Daß aus diesen beiden Prinzipien keine generelle Unrechtmäßigkeit von Verwaltungsbefehlen gefolgert werden kann, die ohne Rücksicht auf private Gegenrechte Dritter ergehen, liegt auf der Hand. Die Notwendigkeit des Einschreitens überhaupt hat mit solchen Gegenrechten nichts zu tun. Sie bestimmt sich nach der Sachlage im Einzelfall, dem Grund, der Schwere der Störung etc. Weiterhin kann zwar ein Vorgehen ohne Rücksicht auf private Rechte Dritter ein stärker belastender Eingriff sein als andere mögliche Maßnahmen,

41) veröffentlicht in DÖV 1968, 730/731

42) Vgl. z.B. näher: G. Umhau, Das Verhältnis von Anordnung und Vollstreckung im Verwaltungsverfahren, jur. Diss., Würzburg 1967, S. 100, 103.

dies muß aber durchaus nicht der Fall sein. Vor allem jedoch ist es ohne weiteres denkbar, daß, soll der öffentliche Zweck wirksam erreicht werden, die privaten Gegenrechte des Dritten ausgeschaltet oder übergangen werden müssen.⁴³⁾ Hier kann also ein Verstoß gegen diesen "Grundsatz der Verhältnismäßigkeit" im weiteren Sinne nicht angenommen werden. Gleichwohl ist nach einhelliger Meinung der Verwaltungsbefehl dennoch fehlerhaft. Auch hier wird also nicht das Typische an den dieser Arbeit zugrundeliegenden Fällen erfaßt.

Richtigerweise sollte freilich als "Grundsatz der Verhältnismäßigkeit" nur die Forderung bezeichnet werden, die Nachteile der Maßnahme (v. a. für den Adressaten) dürften nicht außer Verhältnis zu ihrem erstrebten Erfolg stehen,⁴⁴⁾ d.h. es dürfe nicht "mit Kanonen auf Spatzen geschossen werden". Ob hiergegen verstoßen wurde, ist aber völlig Frage des Einzelfalles und hat mit entgegenstehenden privaten Rechten als solchen nichts zu tun. Der Eingriff in sie kann o.w. weniger schädlich sein als das Unterbleiben von Maßnahmen; der Erfolg wird jedenfalls nur in den seltensten Fällen "außer Verhältnis" zum Schaden stehen.

Ein etwa darüber hinausgehendes ganz allgemeines Postulat der "Zumutbarkeit" ist im Verwaltungsrecht nicht anzuerkennen.⁴⁵⁾

Ist die Maßnahme sonst zulässig, so muß der Bürger auch Lasten auf sich nehmen, die ihn hart treffen können. Grenzen ergeben sich lediglich aus verfassungsrechtlichen und sonstigen speziellen Rechtsnormen. Im übrigen sind Billigkeitserwägungen zwar im Rahmen von Ermessensentscheidungen möglich, unter Umständen geboten, sie sind aber nicht schlechthin obligatorisch. Auch der Schutz der Menschenwürde, das Rechtsstaats- und das Sozialstaatsprinzip stecken nur eine äußerste Grenze ab und verbieten nicht generell unzumutbare Belastungen. Entgegen Forsthoff⁴⁶⁾ kann daher hier nicht entscheidend sein, daß die Behörde "den Adressaten einer nicht zu behebenden Pflichtenkollision aussetzen würde". Zudem ließe sich

43) Etwa Abbruch eines baufälligen Miethauses: Hier müssen Eigentümer und Mieter Nachteile zugefügt werden, wenn geringere Maßnahmen ungeeignet sind.

44) Vgl. z.B. Art. 8 Abs. 2 BayPAG.

45) So die wohl h. M. Vgl. dazu eingehend und mit zahlreichen weiteren Nachweisen: Erbel, Unmöglichkeit, S. 36/37, 68ff. und v.a. S. 137. Dies schließt freilich eine Berücksichtigung dieses Gedankens bei spezialgesetzlichen Regelungen sowie allgemein bei der Auslegung und Anwendung von öffentlichrechtlichen Vorschriften keineswegs aus.

46) Verwaltungsrecht I, S. 228; ähnlich auch PrOVGE 86, 258/263.

diese im Einzelfall kaum nach objektiv brauchbaren Kriterien feststellen. Wollte man, was dann aber nötig wird, die bloße abstrakte - quasi vermutete - Möglichkeit ihres Eintritts als entscheidend ansehen, so erhielte dieser ohnehin fragwürdige Grundsatz eine unangemessene Ausweitung. Andererseits könnte Pflichtenkollision auch bei lediglich sittlichen, gesellschaftlichen oder gar nur vermeintlichen Pflichten Dritten gegenüber ebensogut eintreten, ein Unterschied gegenüber echten Rechtspflichten wäre vom Standpunkt der Zumutbarkeit aus nur in eingeschränktem Umfang möglich. Selbst wenn man daher Unzumutbarkeit wegen Pflichtenkollision als Fehlergrund grundsätzlich anerkennen wollte, wären doch damit die Fälle der privatrechtlichen Unmöglichkeit nicht scharf genug erfaßt: Dieser Grundsatz ginge auf der einen Seite über sie hinaus, auf der anderen Seite erfaßte er sie nicht alle.

3. Eigene Auffassung: Herleitung aus Art. 20 Abs. 3 GG

Die meisten Grundsätze des heute geltenden Verwaltungsrechts lassen sich aus Vorschriften des Grundgesetzes ableiten. Es liegt daher die Frage nahe, ob nicht auch die Beachtung privater Gegenrechte Dritter durch eine Verfassungsnorm vorgeschrieben ist.

Nach Art. 20 Abs. 3 GG ist die Verwaltung "an Gesetz und Recht gebunden". Daraus ist vor allem der sog. Vorrang des Gesetzes zu folgern: Die Behörde darf nicht objektiv gegen Rechtsnormen verstoßen. Für eine Anwendung dieses Grundsatzes auf unseren Fall müßten zwei Fragen bejaht werden können:

(1) Verbieta die "Bindung" der Behörde nicht nur einen unmittelbaren Verstoß gegen Gesetz und Recht durch ihr eigenes Handeln, sondern hindert sie auch einen Befehl an den Bürger zu solchem Verstoß?

(2) Sind auch tragende Grundsätze des Zivilrechts "Gesetz" i.S. Art. 20 Abs. 3 GG?

3.1 Die "Bindung" der Behörde

Die erste Frage ließe sich konstruktiv auf zwei denkbaren Wegen bejahen:

Einmal kann man vom gesicherten Umfang des Grundsatzes "Vorrang des Gesetzes" ausgehen. Man kann versuchen, der Behörde ein Handeln des Adressaten, da von ihr angeordnet, als eigenes Verhalten zuzurechnen.⁴⁷⁾ Sie wird, gleichsam als in "mittelbarer Täterschaft" agierend, verantwortlich gemacht; der Rechtsverstoß ihres "Werkzeugs", des in Anspruch genommenen Polizeipflichtigen, wird ihr selbst zur Last gelegt. Dem stehen aber durchgreifende Bedenken entgegen. Unmittelbar gegen den Dritten geht nicht die Verwaltungsbehörde, sondern der Polizeipflichtige vor. Dieser ist auch nicht bloßes "Werkzeug" staatlicher Gewalt. Er kann die Erfüllung des Gebots verweigern, kann Rechtsbehelfe einlegen, handelt - wenn auch nicht im eigenen Interesse - so doch im eigenen Namen und durchaus in eigener Verantwortung, nicht aber als verlängerter Arm der Verwaltung. Die Zurechnung des Verhaltens eines Rechtssubjektes an ein anderes (hier den Staat), muß immer die Ausnahme bleiben; sie muß bei Fehlen einer ausdrücklichen speziellen Regelung zumindest durch zwingende Erwägungen geboten sein.⁴⁸⁾ Das ist hier nicht der Fall. Zudem läge der Rechtsverstoß erst im schließlichen Handeln des Adressaten. Es bestehen jedoch schwerwiegende Bedenken, das Verwaltungsgebot als darauf hinzielende "Vorbereitungshandlung" schon mit dem eigentlichen Rechtsverstoß gleichzusetzen. Dieser Weg erscheint also kaum gangbar.

Zum zweiten könnte man den Grundsatz derart erweitern, daß nicht nur ein positiver Rechtsverstoß durch die Behörde selbst, sondern auch ihr bloßes Verlangen, ein Dritter solle gegen die Rechtsordnung verstoßen, durch Art. 20 Abs. 3 GG untersagt ist.⁴⁹⁾ Entscheidend ist hier die Auslegung der Formulierung "an Gesetz und Recht gebunden". Erschöpft sich diese Bindung darin, daß die Behörde selbst dem Gesetz nicht zuwiderhandeln darf, oder

47) So für die Frage des Rechtsschutzes ProVGE 10, 198/199. Unter Berufung auf den Satz "quod per alium fecimus, ipsi fecisse videmur" sieht es das Gericht als belanglos an, "ob die Polizeibehörde durch ihre eigenen Organe, in Ausübung unmittelbaren Zwanges in subjektive Rechte eingreift, oder durch die einem Dritten gemachte Auflage, zu deren Erfüllung sie veranlaßt und nötigt".

48) Etwa, wenn andernfalls praktisch völlig unbrauchbare Konsequenzen eintreten würden.

49) So auch Erbel, Unmöglichkeit, S. 39, nach dem der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung auch solche Anordnungen abschließt, "die mittelbar auf einen rechtlich unmöglichen Erfolg abzielen, indem sie dem Adressaten ein gesetzwidriges Handeln befehlen".

heißt es weitergehend, das Gesetz ist von ihr auch derart "zu beachten", daß sie vom Bürger kein Zuwiderhandeln verlangen darf? Eine immerhin ähnliche Frage stellte sich dem BVerfG. ⁵⁰⁾ Bundesbehörden hatten auf Grund eines hessischen Landesgesetzes Gebühren erhoben, dagegen klagte die Hessische Staatsregierung. Im Prozeß berief sich der Bund darauf, alle Behörden hätten Bundes- und Landesrecht "anzuwenden". Das BVerfG gab jedoch der Klage mit folgender Begründung statt: Es sei zu unterscheiden zwischen einer "Ausführung" und einer "Beachtung" von Landesgesetzen. ⁵¹⁾ Die Ausführung bestimme sich nach Art. 30, 83 ff GG und dem einschlägigen Landesrecht. Die "Beachtung" der Landesgesetze dagegen sei Pflicht auch jeder Bundesbehörde. Zu dieser Beachtung aber gehöre gerade die Respektierung des Landesgesetzgebers, der das Gesetz nur durch Landesbehörden ausgeführt wissen wolle. Von Bedeutung ist hier vor allem, daß das BVerfG eine allgemeine Pflicht jeder Behörde anerkennt, auch "fremdes" Recht, "fremde" Gesetze zu beachten in dem Sinne, daß sie sich in ihren Handlungen auf die getroffene Regelung einstellt. Ähnlich bejaht auch das BVerwG in anderem Zusammenhang eine Bindung von Behörden - im Sinne eines Zwangs zur Beachtung - auch an "fachfremdes" Recht. ⁵²⁾ Es bleibt also außerhalb der eigentlichen "Ausführung" durchaus Raum für eine Verpflichtung der Behörde, sich auf die Rechtsordnung einzustellen und deren Regeln einzuhalten. Grundlage dafür ist Art. 20 Abs. 3 GG. ⁵³⁾ Die "Bindung" im Sinne dieser Vorschrift erschöpft sich nicht in Schranken bei unmittelbarer Anwendung, Ausführung von Vorschriften, sie verlangt auch die Beachtung ihres Bestehens, die Achtung vor dem Gesetz. Der Begriff des "Vorrangs des Gesetzes" darf nicht so eng verstanden werden, daß behördliche Handlungen nur unmittelbaren Verböten des Gesetzgebers an die Behörde selbst nicht zuwiderlaufen dürfen. Vielmehr ist eine weitergehende Respektierung des gesetzgeberischen Willens zu verlangen, eine "Beachtung" der getroffenen Regelung. Mögen die gerichtlich entschiedenen Fälle

50) Vgl. BayVbl. 1967, 382

51) Ebenso Menger, VerwArch. 60, 95

52) Grundlegend BVerwG, DVbl. 1968, 749 zur Polizeipflichtigkeit von Bundesbehörden - freilich unter dem Vorbehalt einer Abwägung der kollidierenden öffentlichen Interessen im Einzelfall; gegen diese Einschränkung: Menger-Erichsen, VerwArch. 60, 94/95.

53) So auch Menger-Erichsen, a.a.O.

auch weitgehend anders als hier liegen, so kann ihnen doch entnommen werden, daß der Bindung i.S. Art. 20 Abs. 3 GG eine umfassende Bedeutung zukommt. Es läßt sich folgern, daß die Behörde von einem Bürger nicht Verstoß gegen das Gesetz verlangen darf. Auch dadurch würde sie die Regelung des Gesetzes mißachten, sich ihrer Bindung entziehen. Hieraus ist für den vorliegenden Fall zu schließen: Wer vom anderen einen Bruch des Gesetzes verlangt, zeigt, daß er dieses Gesetz nicht anerkennt, versucht, der verbindlichen Kraft der Vorschrift zu entgehen. Das Rechtsstaatsprinzip erschöpft sich hier nicht in dem Verbot, der gesetzlichen Regelung unmittelbar zuwiderzuhandeln. Es will vielmehr ein freies, doch geordnetes Zusammenleben durch Kontrolle staatlicher Tätigkeit erreichen. Dafür aber ist die Aufforderung der Behörde an den Bürger, Unrecht zu tun, genauso untragbar wie ihre unmittelbare, eigene rechtswidrige Handlung.

3.2 Die private Rechtsordnung als "Gesetz"

Somit ist zunächst geklärt, daß die Behörde auch durch bloßes Verlangen rechtswidrigen Verhaltens gegen Art. 20 Abs. 3 GG verstößt. Darzulegen bleibt, daß es genügt, wenn dieses geforderte Verhalten zivilrechtlich unzulässig wäre. Als zweite These ist zu begründen: Auch die private Rechtsordnung ist "Gesetz" i.S. Art. 20 Abs. 3 GG.

Man könnte versucht sein, hier unter "Gesetz" ausschließlich öffentlichrechtliche Bestimmungen zu verstehen, das private Recht, auch seine Grundlagen davon auszunehmen. Dies wäre jedoch nicht richtig: Auch für Behörden ist Zivilrecht kein Recht minderen Ranges. Das heißt freilich nicht, daß etwa private Rechte (im Sinne von Ansprüchen, d.h. subjektiven Rechten) der einzelnen Bürger untereinander als "Recht" oder "Gesetz" nach Art. 20 Abs. 3 GG anzusehen wären. Nicht subjektive Rechte, sondern allein die objektive Rechtsordnung ist durch Art. 20 Abs. 3 GG für die Behörde kraft Verfassung verbindlich; subjektive Rechte finden ihren Schutz in erster Linie in den Grundrechtsnormen. Jedoch wird auch die Verwaltung durch die allen subjektiv-privaten Rechten zugrundeliegende gesetzliche Regelung gebunden. Tragende Grundsätze des bürgerlichen Rechts, wie etwa das Verbot der Eigenmacht oder die allgemeine Verpflichtung, Verträge einzuhalten, sind kraft Art. 20 Abs. 3 GG auch von Behörden zu beachten, hier also so zu achten, daß auch dem Adressaten eines Verwaltungsbefehls kein Verstoß

gegen diese Grundsätze geboten wird. Es handelt sich hier um nichts grundsätzlich anderes als die Bindung jeder Behörde an "fachfremdes" Recht, wie sie vom BVerwG im Prinzip, wenn auch unter dem Vorbehalt einer Abwägung der kollidierenden öffentlichen Spezialinteressen, bejaht wird.⁵⁴⁾ Nur steht hier als "fachfremdes" öffentliches Interesse nicht nur ein speziell ausgeprägtes behördliches Einzelinteresse zur Debatte, sondern das allgemeine öffentliche Interesse an geordneter Regelung der gesamten Privatrechtsbeziehungen. Dieses muß grundsätzlich überwiegen. Schließlich ist hier auch der - oft unnötig strapazierte - Grundsatz der "Einheit der Rechtsordnung" anzuführen.⁵⁵⁾ Versteht man ihn nicht als Forderung einer unpraktikablen und gar nicht immer erwünschten "Einheitlichkeit" der Rechtsordnung derart, daß gleiche Begriffe in mehreren Normen stets gleich ausgelegt werden müßten, so erhält seine Anwendung hier durchaus Sinn und Zweck. Der Staat darf sich nicht gewissermaßen "schizophren" verhalten. Er kann nicht auf der einen Seite eine private Rechtsordnung aufstellen, um sie auf der anderen Seite im öffentlichen Recht als völlig unbeachtlich abzutun.

54) Vgl. FN 52

55) Das klingt vor allem bei Fellner, DVBl. 54, 692/693 an; vgl. auch Samper, Anm. 8 zu Art. 13 BayPAG, der formuliert: "Denn die von der Rechtsordnung statuierte Mißbilligung eines Verhaltens kann nicht durch eine polizeiliche Anordnung sozusagen aufgehoben werden."

§ 2 Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen den Grundsatz im
Anordnungs- und Vollstreckungsverfahren

1. Die Einwendung mangelnder Befugnis im Anordnungsverfahren

1.1 Konsequenz aus Art. 20 Abs. 3 GG: Rechtswidrigkeit
des Verwaltungsbefehls

1.2 Pragmatische Erwägungen

1.3 Dogmatische Erwägungen

2. Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit des Verwaltungsbefehls

2.1 Literatur und denkbare Argumente

2.2 Anwendung der wichtigsten Theorien zur Abgrenzung

2.3 Eigene Auffassung

3. Die Einwendung mangelnder Befugnis im Vollstreckungs-
verfahren

3.1 Geltung des Art. 20 Abs. 3 GG

3.2 Präklusion durch Bestandskraft der Anordnung?

§ 2 Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen den Grundsatz im Anordnungs- und Vollstreckungsverfahren

Es wurde festgestellt, daß ein Verwaltungsbefehl gegen Art. 20 Abs. 3 GG verstößt, läßt er die entgegengesetzte zivilrechtliche Verpflichtung des Adressaten außer Acht. Nunmehr sollen die Folgen für die Rechtmäßigkeit eines unter Verstoß gegen den Grundsatz erlassenen VA geprüft werden, und zwar sowohl für das Verfahren der Anordnung, d.h. den eigentlichen Erlass des Verwaltungsbefehls, wie für das Verfahren der Vollstreckung, d.h. seine zwangsweise Durchsetzung. Drei Fragen werden hier interessieren:

- (1) Kann die Einwendung privater Gegenrechte Dritter vom Adressaten schon im Anordnungsverfahren vorgebracht werden, ist also bereits die Anordnung rechtswidrig oder ist es erst die Vollstreckung?
- (2) Ist eine Anordnung, die mangelnde privatrechtliche Befugnis nicht berücksichtigt, nur anfechtbar oder ist sie nichtig?
- (3) Dringt die Einwendung mangelnder Befugnis bei Bestandskraft der Anordnung auch noch gegenüber späteren Vollstreckungsakten durch?

1. Die Einwendung mangelnder Befugnis im Anordnungsverfahren

1.1 Konsequenz aus Art. 20 Abs. 3 GG: Rechtswidrigkeit des Verwaltungsbefehls

Da der Verwaltungsbefehl gegen Art. 20 Abs. 3 GG verstößt, erscheint zunächst selbstverständlich, daß er rechtswidrig ist, was auf Klage (oder Widerspruch) des Adressaten gegen die Anordnung ohne weiteres zu berücksichtigen wäre und zur Aufhebung des VA führen müßte. In der Tat haben Rechtsprechung und Lehre die privatrechtliche Befugnis etwa des Eigentümers (bei Miete), des Mieters (gegenüber dem Eigentümer), des Nießbrauchers etc. in aller Regel schon bei Klagen gegen den VA der Anordnung geprüft ¹⁾ und diese Anordnung bei fehlender Befugnis als rechtswidrig betrachtet. Einzig soweit Verwaltungs- und Verfügungsbeschränkungen bei Gemeinschaften in Frage kommen, nimmt die ganz überwiegende Meinung einen anderen Standpunkt ein: Hier wird die Ausräumung der Drittrechte ohne nähere Begründung lediglich

1) Besonders deutlich VGH Kassel, DVBl. 1964, 690 und ProVGE 86, 258.

als Vollstreckungsvoraussetzung angesehen. ²⁾ Trotz Beschränkung dieser Auffassung auf eine ganz besondere Art privater Drittrechte erscheint eine generelle Klärung der Rechtslage hier geboten. Die Frage kann aus den bereits gewonnenen Erkenntnissen folgerichtig gelöst werden.

1.2 Pragmatische Erwägungen

Ins Vollstreckungsverfahren verweisen könnte man die Einwendung der mangelnden privatrechtlichen Befugnis wohl nur dann, wenn man ihre Grundlage ausschließlich im Schutz der privaten Drittrechte sehen wollte. ³⁾ Daß dies nicht der Fall ist, wurde aber bereits dargelegt. ⁴⁾ Zudem dürfte man sonst, will man konsequent bleiben, die Einwendung auch gegen Vollstreckungsmaßnahmen, die sich ausschließlich gegen den Adressaten der Anordnung richten (Zwangsgeld, Haft - im Gegensatz etwa zur Ersatzvornahme), überhaupt nicht zulassen: Durch Zwangsgeldandrohung allein dem Adressaten der Anordnung gegenüber - gegen den Dritten ist sie ja auf Grund fehlenden Titels ohnehin nicht denkbar - wird das Drittrecht nicht wesentlich stärker gefährdet, nicht unmittelbarer berührt als durch den VA der Anordnung. Lediglich bei Ersatzvornahme und unmittelbarem Zwang gegen Sachen, an denen der Dritte berechtigt ist, u.U. auch bei unmittelbarem Zwang gegen Personen, wäre das Drittrecht durch die Behörde selbst bedroht, auf diese Fälle müßte man dann konsequenterweise den Grundsatz beschränken. Damit könnte die Behörde durch geeignete Wahl des Zwangsmittels im Ergebnis ungestraft und unangreifbar dem Adressaten rechtswidriges befehlen und sogar Zwangsmaßnahmen gegen ihn durchführen, ohne daß er sich wehren könnte. Die Einwendung, zu dem Verlangten kraft Privatrechts nicht befugt zu sein, ist auch inhaltlich nicht "typischerweise" gegen eine Vollstreckungsmaßnahme gerichtet - so wie etwa die des fehlenden Titels oder der Nichtbeachtung der aufschiebenden Wirkung von

2) Vgl. dazu im einzelnen die Ausführungen und Zitate in § 4 der Arbeit. Neuerdings hat das BVerwG in einer im BayVBl. 1973, S. 161/162 veröffentlichten Entscheidung diese Auffassung ohne nähere Begründung auch für "sonstige Nebenberechtigung (z.B. Miete) eines Dritten" vertreten.

3) Mit dem Argument, erst bei Vollstreckung würden die Drittrechte tangiert.

4) Vgl. in § 1 unter 2.6

Widerspruch und Anfechtungsklage. Schon der VA der Anordnung verlangt diese unzulässige Handlung, der Vollstreckungsakt wiederholt oder verstärkt den Druck nur.

1.3 Dogmatische Erwägungen

Auch abgesehen von diesen mehr praktischen Erwägungen erscheint es dogmatisch unhaltbar, die Drittrechte erst im Vollstreckungsverfahren zu berücksichtigen. Der Verstoß der Behörde gegen Art. 20 Abs. 3 GG liegt bereits im Erlaß des Verwaltungsbefehls, nicht erst in seinem zwangsweisen Vollzug. Wie dargelegt, ist dabei nicht entscheidend, daß der Adressat des VA später quasi als Gehilfe der Verwaltung, als ihr verlängerter Arm, handelt. Nur in diesem Falle aber könnte man geneigt sein, erst seinen tatsächlichen Eingriff in die Rechte des Dritten oder den der Behörde durch die Vollstreckung als fehlerhaft anzusehen. Jedoch verstößt schon das jetzige Verlangen an den Bürger, Unrecht zu tun, gegen Art. 20 Abs. 3 GG. Schon hierdurch mißachtet die Behörde die Grundlagen des Privatrechts, damit das "Gesetz", an das sie nach Art. 20 Abs. 3 GG gebunden ist. Da diese Norm keine bloße Ordnungsvorschrift, sondern ein verbindliches Gebot darstellt, ist zwingende Folge der Zuwiderhandlung die Rechtswidrigkeit des erlassenen Verwaltungsbefehls. Es kann daher kein Zweifel bestehen, daß die Einwendung nicht ins Vollstreckungsverfahren zu verweisen ist. Sie kann vielmehr bereits gegen den VA der Anordnung ohne Einschränkung vorgebracht werden.

2. Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit

2.1 Literatur und denkbare Argumente

Ist die Anordnung somit rechtswidrig, so stellt sich sofort die Frage, ob sie lediglich als anfechtbar oder aber als nichtig anzusehen ist. Beide Auffassungen werden vertreten. Die Lehre neigt mehr zu Nichtigkeit, die Rechtsprechung eher zu bloßer Anfechtbarkeit; von einer überwiegenden oder gar herrschenden Meinung kann man kaum sprechen.

Für Nichtigkeit treten vor allem Mang, ⁵⁾ Obermayer, ⁶⁾ Forsthoff, ⁷⁾ Samper, ⁸⁾ Fleiner ⁹⁾ und BayVGH ¹⁰⁾ ein; unentschieden sind z. B. Jellinek, ¹¹⁾ Eyermann-Fröhler; ¹²⁾ bloße Anfechtbarkeit liegt vor nach Auffassung von Wolff, ¹³⁾ Erbel, ¹⁴⁾ OVG Hamburg, ¹⁵⁾ Koehler, ¹⁶⁾ VGH Kassel, ¹⁷⁾ wohl auch ProVG, ¹⁸⁾

Für die Annahme völliger Ungültigkeit des VA könnten sprechen die objektive Schwere des Verstoßes gegen Grundlagen der Rechtsordnung, die Wahrung der Einheit der Rechtsordnung, die Zwangslage des Betroffenen. Lediglich Anfechtbarkeit wird dagegen nahegelegt durch die mangelnde Transparenz der Sachlage im Einzelfall, d. h. die tatsächliche Schwierigkeit für alle Beteiligten, Bestehen, Inhalt und Umfang der privaten Gegenrechte genau festzustellen; den - allerdings angezweifelte - Grundsatz, Nichtigkeit solle der Ausnahmefall bleiben, ¹⁹⁾ sowie durch das Argument, es liege bloßes subjektives Unvermögen vor, das zudem nicht endgültig sei.

2.2 Anwendung der wichtigsten Theorien zur Abgrenzung

Geht man zunächst von dogmatischen Erwägungen aus, so spricht kaum etwas für die Annahme von Nichtigkeit: ²⁰⁾

Die wohl h. M., die als "subjektive Evidenztheorie" bezeichnet werden kann, stellt auf Schwere und Offenkundigkeit des Fehlers für einen - je nach Spielart der Theorie - engeren oder weiteren Beteiligtenkreis ab. Wenn Obermayer ²¹⁾ daraus allerdings Nichtigkeit auch eines Verwaltungsbefehls folgert, der lediglich

5) Staats- und Verwaltungsrecht, S. 367 und 369

6) Verwaltungsrecht, S. 183

7) Verwaltungsrecht I, S. 228

8) Anm. 14 zu Art. 13 BayPAG

9) Institutionen, S. 203

10) VerwRSpr. 1949, 400

11) Verwaltungsrecht, S. 273

12) Die Ausführungen in RNr. 11 Anh. § 42 VwGO erscheinen etwas widersprüchlich.

13) Verwaltungsrecht I, S. 373 (ganz unten)

14) Unmöglichkeit, S. 134

15) DVBl. 1957, 867/869

16) Anm. B VI 5 b) zu § 113 VwGO

17) DVBl. 1964, 690/691

18) ProVGE 38, 376

19) Vgl. Forsthoff, Verwaltungsrecht I, S. 208

20) Zum ausgedehnten Theorienstreit, auf den hier nicht näher eingegangen werden kann, wird auf die Zusammenfassung bei Heike, DÖV 1962, 416 ff. hingewiesen. Im folgenden sollen die Haupttheorien nicht in ihrem Ausgangspunkt, sondern nur in ihrer Anwendung auf unseren Fall untersucht werden.

21) Verwaltungsrecht, S. 183

subjektiv unmögliches Verhalten verlangt und damit wohl auch die privatrechtliche Unzulässigkeit erfaßt, so kann dem selbst vom Standpunkt dieser Theorie nur für besonders gelagerte Ausnahmefälle zugestimmt werden. Die Rechtswidrigkeit steht hier im Regelfall keineswegs dem VA "ins Gesicht geschrieben". Einmal sind die genauen zivilrechtlichen Verhältnisse rein tatsächlich meist alles andere als offenkundig. Zum anderen vertraten immerhin selbst höhere Gerichte die Meinung, private Gegenrechte Dritter seien überhaupt unbeachtlich, sahen also solche VAe sogar als rechtmäßig an. Schließlich herrscht in Rechtsprechung und Rechtslehre keineswegs Einigkeit über die gegenständliche Abgrenzung der Fälle der "zivilrechtlichen Unmöglichkeit des Verlangten". Folgerichtig vom Standpunkt dieser Theorie erscheint daher eine Annahme von bloßer Anfechtbarkeit.

Die "objektive Evidenztheorie" ²²⁾ trennt zwischen absoluten und relativen Fehlern. Entscheidend ist nach ihr, ob tatsächliche Umstände theoretisch derart denkbar sind, daß der VA rechtmäßig erschiene. Konsequenter wird bei subjektivem Unvermögen des Adressaten, dem VA nachzukommen, bloße Anfechtbarkeit angenommen. ²³⁾ Das leuchtet ein, da ja die Rechte des Dritten je nach Sachlage bestehen oder nicht bestehen können, sie sind nicht dem Wesen des ergangenen VAs selbst inhärent.

Die "teleologische Methode" will die Grenze nicht dogmatisch-begrifflich ziehen, sondern graduell unter Berücksichtigung der Zweckmäßigkeit und vor allem rechtspolitischer Gesichtspunkte. ²⁴⁾ Sie verlangt praktisch für jeden Einzelfall eine wertende Entscheidung des Richters über die Grenzziehung. Hier erscheint es nicht ganz zutreffend, wenn Forsthoff wegen eines "nicht zu behebenden Gewissenskonflikts" des Adressaten grundsätzlich Nichtigkeit annimmt. Bestehen und Schwere eines solchen Konflikts sind doch sehr Fragen des Einzelfalles. Zudem ist kaum ersichtlich, wie allein durch Annahme von Nichtigkeit dieser Konflikt beseitigt werden könnte: Doch nur tatsächlich durch erfolgreiche Einlegung von Rechtsmitteln; dann aber würde auch die Annahme von Anfechtbarkeit genügen. Zudem müßte bei rechtspolitischer und wertender Betrachtung auch die schwierige Situation der Behörde entscheidend

22) Vgl. v.a. Wolff, Verwaltungsrecht I, S. 369 (§ 51 I b)

23) Wolff, a.a.O., S. 373 unten

24) Forsthoff, Verwaltungsrecht I, S. 208

mitberücksichtigt werden, die ja auf die Gestaltung privater Rechtsbeziehungen zunächst keinen unmittelbaren Einfluß hat und oft von diesen Beziehungen gar nichts weiß.

Die Rechtsprechung bewegt sich, soweit sie sich hier überhaupt auf grundsätzliche Erörterungen einläßt, im wesentlichen zwischen der subjektiven Evidenztheorie und der teleologischen Methode. Sie hat sich in Fällen der hier vorliegenden Art in aller Regel für bloße Anfechtbarkeit entschieden. Auch § 34 Abs. 2 Ziff. 4 des Entwurfs der Bundesregierung für ein Verwaltungsverfahrensgesetz ²⁵⁾ trägt dem Rechnung, wenn er Eintritt von Nichtigkeit ausdrücklich auf Fälle der tatsächlichen Unmöglichkeit beschränkt.

2.3 Eigene Auffassung

Dem ist auch zuzustimmen, wobei praktischen Erwägungen das entscheidende Gewicht zukommt. Verfügte die Behörde einen solchen VA, so handelte sie häufig in Unkenntnis der bestehenden privaten Drittrechte. Dabei kann ihr dieses Nichtwissen meist nicht einmal vorgeworfen werden. Erst im weiteren Verlauf des Verfahrens, etwa durch Widerspruch des Adressaten, erfährt sie von der bürgerlichrechtlichen Verpflichtung. Daß dann gegen den Dritten - z. B. durch Duldungsanordnung - ergänzend eingeschritten werden kann, entspricht allgemeiner Meinung. Dabei wurde von Rechtsprechung und Lehre nie verlangt, daß nunmehr der erste VA erneut erlassen werden müsse. Seine Rechtswidrigkeit ist nach allgemeiner Meinung jedenfalls solange "heilbar", als das Widerspruchsverfahren noch nicht abgeschlossen ist. Damit unvereinbar aber wäre die Annahme einer anfänglichen Nichtigkeit. Diese ist nach wohl einhelliger Meinung unbehebbar. Die Behörde wäre also gezwungen, stets zunächst das "Vorfeld zu bereinigen", das sie u. U. gar nicht überblicken kann; erst danach könnte der eigentlich gewollte, häufig eilbedürftige VA ergehen.

Auch wirksamer Rechtsschutz der Adressaten erfordert nicht die Annahme von Nichtigkeit. Wird der VA durch Fristablauf bestandskräftig, so kann nämlich im hier vorliegenden Sonderfall trotzdem

25) Bundestags-Drucksache VI/1173. Der vorausgegangene "Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes" -EVwVerfG 1963, Köln und Berlin, 2. Auflage, der dies nur auf S. 155 seiner Begründung klargestellt hatte, wurde im Text durch die Worte "aus tatsächlichen Gründen" ergänzt.

nicht ohne weiteres vollstreckt werden: Das bei jeder einzelnen Vollstreckungsmaßnahme auszuübende Ermessen wäre trotz Bestandskraft der Anordnung fehlerhaft gebraucht, da der Adressat der Anordnung unverändert rechtlich außerstande ist, dem Verlangten nachzukommen. ²⁶⁾

Ein VA der streitigen Art ist also zwar rechtswidrig, aber in der Regel gültig. Lediglich in besonderen Ausnahmefällen wird man Nichtigkeit annehmen können, etwa bei dolosem Verhalten der Behörde.

3. Die Einwendung mangelnder Befugnisse im Vollstreckungsverfahren

Die dritte Frage ist nun, ob der Betroffene seine zivilrechtliche Verpflichtung auch gegenüber Vollstreckungsmaßnahmen einwenden kann, die von ihm Verstoß gegen die Rechte des Dritten verlangen. ²⁷⁾ Dies wird v. a. dann zum Problem, wenn eine vorausgegangene Anordnung (z. B. auf Beseitigung eines Bauwerks) bereits unanfechtbar wurde.

3.1 Geltung des Art. 20 Abs. 3 GG

Zunächst einmal kann nicht bezweifelt werden, daß Art. 20 Abs. 3 GG auch für Vollstreckungsakte gilt. Geht die Behörde gegen den Adressaten mit Zwangsgeld oder unmittelbarem Zwang vor oder droht sie ihm irgendwelche Vollstreckungsmaßnahmen an, so wird erneut - und nachdrücklicher als durch die Anordnung - auf seinen Willen eingewirkt. Er soll verstärkt zu einem Verhalten gezwungen werden, das gegen die private Rechtsordnung verstößt. Auch hier erscheint der Vollstreckungsakt als rechtswidrig und auf Rechtsmittel hin aufzuheben.

26) Vgl. näher im folgenden unter 3.2.

27) Außer Betracht bleiben hier Fälle, in denen die Behörde bei der Vollstreckung auch unmittelbar gegen den Dritten bzw. seine Rechte vorgeht - vor allem die Ersatzvornahme und der unmittelbare Zwang, soweit sie Gegenstände betreffen, an denen dieser berechtigt ist. Hier wirkt die Behörde selbst auf die privaten Rechte ein, ohne sich eines Mittlers zu bedienen. Nicht die Anwendbarkeit des Art. 20 Abs. 3 GG wird hier zum Problem, sondern die eventuelle Notwendigkeit eines Vollstreckungstitels auch gegen den Dritten (vgl. später im verfahrensrechtlichen Teil).

3.2 Präklusion durch Bestandskraft der Anordnung?

Wenn freilich die privaten Drittrechte schon vor Erlaß der zu vollstreckenden Anordnung vorhanden waren, tritt hier, wird diese Anordnung bestandskräftig, ein neues Problem auf: Als Grundsatz gilt, ²⁸⁾ daß Einwendungen gegen einen Vollstreckungsakt dann nicht mehr möglich sind, wenn

- (a) die zugrundeliegende Anordnung unanfechtbar ist und
- (b) diese Einwendungen schon gegen sie hätten vorgebracht werden können.

Beides ist der Fall: Die fehlende privatrechtliche Befugnis konnte schon gegenüber dem ursprünglichen Verwaltungsbefehl geltend gemacht werden; dieser Befehl ist mit Ablauf der Widerspruchsfrist unanfechtbar geworden, da keine Nichtigkeit vorliegt.

So einleuchtend diese Präklusionswirkung nun im allgemeinen ist, so unbefriedigend wäre sie hier im Ergebnis. Der ihr zugrundeliegende Gedanke des Gesetzgebers ist, daß nicht bei jedem Vollstreckungsakt das gesamte Verfahren nochmals aufgerollt werden muß. Macht der Adressat seine Rechte nicht innerhalb bestimmter Widerspruchs- und Klagefristen geltend, so wird gleichsam ein "Verzicht auf die Einwendung" fingiert. Im vorliegenden Falle aber stehen Drittrechte in Frage, über die der Adressat gar nicht verfügen kann. Im Normalfall muß er, war der nunmehr rechtsbeständige VA der Anordnung fehlerhaft, eben bestimmte Nachteile erleiden, verliert er durch Unterlassung der Rechtsmitteleinlegung Vorteile, die ihm von Rechts wegen zugestanden hätten. Hier jedoch steht er auch nach Rechtsbeständigkeit der Anordnung ebenso hilflos zwischen Verwaltungsbefehl und Drittrecht wie zuvor. Die Drittrechte bleiben ja trotz Bestandskraft des VA in vollem Umfang erhalten. Sie stehen unverändert dem Handeln des Adressaten und damit - trotz unanfechtbarer Anordnung - auch der Vollstreckung entgegen. Der Mangel der rechtlichen Befugnis "greift durch" auch auf jede einzelne Vollstreckungsmaßnahme. Löst das Institut der Bestandskraft, der Präklusionswirkung, für den Regelfall den Interessenkonflikt zwischen Behörde und Adressat nach Ablauf

28) Vgl. z.B. Art. 38 Abs. 3 Satz 1 BayVwZVG; allgemein hierzu und zur Frage, ob etwa ein Anspruch des Betroffenen auf Aufhebung der Anordnung selbst besteht: Erbel, Unmöglichkeit, S. 154 ff.

bestimmter Fristen zugunsten der Rechtssicherheit, damit zugunsten der Behörde, so handelt es sich hier um einen Interessenkonflikt zwischen drei Rechtssubjekten. Von ihnen aber ist eines, nämlich der Dritte, in die bestehende gesetzliche Regelung nicht einbezogen: Ihm gegenüber erging kein VA, sein Verzicht auf Rechte kann nicht mit Fristablauf fingiert werden. Man käme hier zu einem echten Widerspruch, da der Adressat im Ergebnis doch nicht tun kann, was von ihm verlangt wird.

Aus diesem Dilemma sucht der VGH Kassel ²⁹⁾ einen Ausweg: Obwohl der VA der Anordnung rechtsbeständig geworden war, ließ das Gericht die an sich präkludierte Einwendung der mangelnden privatrechtlichen Befugnis auch gegenüber Zwangsgeldandrohung und -festsetzung durchgreifen. Als Begründung wird erstens angegeben, nach der Hessischen Gemeindeordnung dürften nur im Rahmen der Gesetze erlassene Verfügungen vollstreckt werden. Rechtswidrige Verfügungen fielen nicht darunter, auch wenn sie formell unanfechtbar seien. Diese Auffassung ist jedoch abzulehnen. Die gesetzlich angeordnete Präklusionswirkung steht ihr eindeutig entgegen. Sie gewinnt gerade dann auch materiell Bedeutung, wenn die Anordnung rechtswidrig war. Ein überzeugendes Argument bringt der VGH jedoch als Hilfsbegründung. ³⁰⁾ Jede einzelne Vollstreckungsmaßnahme sei Ermessenssache. Bei Ausübung dieses Ermessens müsse die Behörde berücksichtigen, daß sie den Betroffenen zu einem Verhalten veranlasse, das ihm auch zu diesem Zeitpunkt rechtlich unmöglich sei. Notwendige Voraussetzung für Zwangsgeld sei aber stets die Abhängigkeit der zu erzwingenden Handlung vom Willen des Pflichtigen. Die Entscheidung sei daher ermessensfehlerhaft, damit rechtswidrig. Dem ist zuzustimmen. Ein solcher Vollstreckungsakt verfehlt seinen Zweck, nämlich den Willen des Adressaten zu brechen, wenn dieser Wille nicht der einzig entgegenstehende Grund für die Nichterfüllung der Anordnung ist. Das Ermessen reduziert sich hier auf Null; es kann fehlerfrei nur dahin ausgeübt werden, daß dieser Vollstreckungsakt vorerst unterbleibt.

29) DVBl. 1964, 690/691

30) Zustimmend im Ergebnis auch Erbel, a.a.O., S. 158; ebenso BayVGh, BayVBl. 1969, 215/216, für das Verhältnis zwischen Beseitigungsanordnung und unanfechtbarer, sachlich aber rechtswidriger Versagung der Baugenehmigung.

Solange die Drittrechte bestehen, bleibt also dem Betroffenen trotz rechtskräftiger Anordnung die Einwendung mangelnder eigener Befugnis erhalten. Der Versuch der Behörde, seinen Willen durch Vollstreckungsmaßnahmen zu brechen, ihn zum Eingriff in die Drittrechte zu zwingen, bleibt wegen Art. 20 Abs. 3 GG materiell rechtswidrig, obwohl hier formal eine Präklusionswirkung eintritt.

./.

B) Die Geltung des Verbots im einzelnen

§ 3 Anwendungsbereich des Grundsatzes

1. Geltung für jede Eingriffsverwaltung
2. Geltung für Gebote und Verbote
3. Geltung für behördliche Gestattungen bzw. deren Nebenbestimmungen?
 - 3.1 Privates Drittrecht und Gestattung
 - 3.2 Privates Drittrecht und Nebenbestimmungen
4. Geltung ohne Rücksicht auf subjektive Merkmale
 - 4.1 Kenntnis der Behörde
 - 4.2 Kenntnis des Adressaten
5. Geltung für alle Arten privater Drittrechte

./.

Klärte § 2 die wesentlichen Konsequenzen des Grundsatzes, so soll nun der Anwendungsbereich näher eingegrenzt werden.

1. Geltung für jede Eingriffsverwaltung

Der Grundsatz, es dürfe vom Bürger kein Verstoß gegen private Rechte Dritter verlangt werden, gilt zunächst einmal für das Polizei- und Ordnungsrecht im weitesten Sinne.¹⁾ Darüber hinaus ist er verbindlich für belastende Verwaltungsakte auf allen Gebieten des öffentlichen Rechts. Er ist immer anwendbar, wenn ein behördlicher Befehl dem Bürger etwas abverlangt. Ob die Grundlage im engeren Polizeirecht zu finden ist, im allgemeinen Ordnungsrecht, im Bau-, Gewerbe-, Ausländer-, Vereins- oder Gesundheitsrecht, um nur einige Beispiele zu nennen, spielt keine Rolle. Überall können dem behördlichen Verlangen private Rechte Dritter entgegenstehen, überall gebietet dann Art. 20 Abs. 3 GG eine Beachtung dieser Rechte. Eine spezialgesetzliche Regelung kann diesen Grundsatz nur bestätigen (vgl. etwa Art. 13 Abs. 1 Satz 2 BayPAG); sie kann ihn, da er auf Art. 20 Abs. 3 GG, also höherrangigem Verfassungsrecht, beruht, nicht ausschalten oder modifizieren.

2. Geltung für Gebote und Verbote

Art. 20 Abs. 3 GG gilt ohne Rücksicht darauf, ob der Verwaltungsakt ein Gebot oder ein Verbot enthält.²⁾ Fordert im ersten Fall die Behörde ein Handeln, so verlangt sie im zweiten ein Unterlassen des Adressaten. Beide Verhaltensweisen können für diesen nach Privatrecht unerlaubt sein, in beiden Fällen ist Art. 20 Abs. 3 GG zu beachten. Die private Rechtsordnung macht hier keinen Unterschied in der Beurteilung von Handlungen und Unterlassungen: Soweit nur zum jeweiligen Gegenteil eine Rechtspflicht besteht, können beide unrechtmäßig sein. Hat also z. B. der Dritte gegen den Eigentümer einen Anspruch

1) Mang, Staats- und Verwaltungsrecht, S. 369; H.J. Wachsmuth, BayVBl. 1969, 265; Samper, RNr. 1 zu Art. 13 BayPAG

2) Vgl. Art. 13 Abs. 1 Sätze 1 und 2 BayPAG ("Handeln, Dulden oder Unterlassen") und Mang a.a.O. Dabei ist "Duldung" lediglich eine Sonderform der "Unterlassung", nämlich der Verzicht auf ein Vorgehen gegen Handlungen Dritter oder der Behörde.

auf Abbruch des Hauses, so darf die Behörde nicht - etwa aus Gründen des Denkmalschutzes - isoliert dem Eigentümer Abbruch verbieten. Sie könnte sonst das Recht des Dritten entziehen, ohne diesem gegenüber direkt einzuschreiten.³⁾ Mag auch die rechtswidrige Unterlassung generell als etwas weniger gefährlich, weniger ordnungsstörend erscheinen als die rechtswidrige Handlung, so ist doch eine unterschiedliche Beurteilung nicht gerechtfertigt. Besteht eine Rechtspflicht zum Handeln, so ist der Unwertgehalt des Unterlassens nicht geringer als der eines aktiven Eingriffs. Auch das Unterlassen verstößt hier gegen die objektive Rechtsordnung. Fordert die Behörde diesen Verstoß, so treten die Folgen des Art. 20 Abs. 3 GG ein; das behördliche Verbot ist rechtswidrig. Freilich wird hier besonders genau zu prüfen sein, ob im Einzelfall wirklich eine private Rechtspflicht zum Handeln besteht und wie weit sie reicht.

3. Geltung für behördliche Gestattungen bzw. deren Nebenbestimmungen

Nicht hierher scheint zunächst ein anderer Fall zu gehören, das Vorliegen privater Gegenrechte Dritter bei Gestattungsverfahren.⁴⁾ Mit diesen privaten Rechten kann die Verwirklichung des VA kollidieren, wenn dem Adressaten etwas erlaubt wird, er jedoch dem Dritten gegenüber gerade zum Gegenteil verpflichtet ist. Freilich liegt hier kein Verwaltungsbefehl, kein gebietender oder verbotender Akt, vor. Die Behörde verlangt keinen Rechtsverstoß, sie läßt ihn allenfalls zu. Eine kurze Erörterung hier auftretender Fragen erscheint gleichwohl geboten, zumal im Erlaubnisverfahren auch Nebenbestimmungen, v. a. Auflagen oder Bedingungen, in Betracht kommen können. Zumindest die Auflage aber enthält einen echten Befehl.

3.1 Privates Drittrecht und Gestattung

Bei manchen behördlichen Erlaubnissen ist gesetzlich vorgesehen, daß entgegenstehende private Rechte Dritter im Genehmigungsverfahren beachtet werden müssen. Diese Pflicht der Behörde

3) Eine ganz andere Frage ist es, ob sie letztlich das Drittrecht dadurch ausschalten kann, daß sie sich (auch) direkt an den Dritten wendet.

4) "Gestattung" wird hier als Oberbegriff für alle Arten von Erlaubnissen, Genehmigungen, Konzessionen usw. verwendet.

kann sich auf die Prüfung von Rechten spezieller Kategorie beschränken (oder umgekehrt die Prüfung bestimmter privater Rechte ausnehmen ⁵⁾); sie kann auch von zusätzlichen Voraussetzungen, wie bestimmter Art des Nachweises oder Liquidität, d. h. Anerkennung oder rechtskräftiger Feststellung, abhängig sein. In diesen Fällen darf in der Regel die Erlaubnis kraft ausdrücklicher Vorschrift oder nach dem Zusammenhang und Sinn des Gesetzes entgegen dem Drittrecht nicht erteilt werden.

Anders ist es bei einer rein öffentlichrechtlichen Erlaubnis, z. B. der Baugenehmigung. Gegenstand der behördlichen Entscheidung ist hier ausschließlich die Frage nach der Vereinbarkeit des genehmigungspflichtigen Vorhabens mit öffentlichem Recht, entgegenstehende private Rechte haben auf die Entscheidung grundsätzlich keinen Einfluß. Selbst wenn man die "Bindung" des Art. 20 Abs. 3 GG so weit auslegen wollte, daß ein Rechtsverstoß Dritter von Behörden nicht einmal erlaubt werden dürfte, könnten diese Erlaubnisse doch erteilt werden: Die Behörde maßt sich keine Regelungsbefugnis hinsichtlich der privaten Rechte an, sie stellt lediglich eine öffentlichrechtliche Unbedenklichkeitsbescheinigung aus. Freilich macht auch hier in engen Sonderfällen ein Teil der Literatur Ausnahmen: Bei rechtskräftiger Feststellung werden Gesichtspunkte der Verfahrensökonomie oder des sog. Sachbescheidungsinteresses herangezogen. ⁶⁾ Jedoch darf nach wohl allgemeiner Meinung auch dann die Erlaubnis erteilt werden. Es entfällt lediglich der sonst bestehende Anspruch auf sie, der Behörde wächst ein Ermessensspielraum zu.

3.2 Privates Drittrecht und Nebenbestimmungen

Es ist durchaus denkbar, daß die Behörde in Erlaubnisbescheiden Nebenbestimmungen festlegt, die mit privaten Gegenrechten Dritter kollidieren.

Gar nicht so selten erfolgt dies im Wege einer Bedingung. Die vom Grundstückspächter beantragte Genehmigung nach § 2 GaststG wird z. B. im Einzelfall unter der Bedingung erteilt, daß

5) Vgl. etwa § 19 Abs. 1 GewO - jetzt § 10 Abs. 6 Satz 2 BImSchG: "auf besonderen Titeln" beruhende private Rechte im Gegensatz zu rein nachbarrechtlichen Ansprüchen gemäß §§ 906, 907 BGB.

6) Vgl. v. a. BVerwG, NJW 1965, 551 mit Anmerkung von Kienzle, NJW 1965, 1497; kritisch teilweise Menger-Erichsen, VerwArch. 56, S. 386, Schwerdtfeger, DÖV 1966, 494 und insbesondere Schuegraf, NJW 1965, 928.

am Betriebsgebäude gewisse Umbauten vorgenommen werden. Ist der Grundstückseigentümer, was die Regel sein wird, nach dem Pachtvertrag zur Verhinderung dieser Umbauten berechtigt und auch nicht willens, solche Veränderungen hinzunehmen, so wurde eine "unmögliche" Bedingung gestellt. Damit ist die Genehmigung vor der (unmöglichen) Erfüllung der Bedingung nicht erteilt. Es ist also nur eine Begünstigung praktisch versagt, nicht aber wird vom Betroffenen etwas **verlangt**.

Bei tatsächlicher Unmöglichkeit der Bedingungserfüllung sah deshalb das BVerwG ⁷⁾ auch keinen Anlaß, an der Rechtmäßigkeit des behördlichen Verhaltens zu zweifeln, sofern nur die Bedingung im übrigen vom verfolgten öffentlichen Zweck gedeckt sei. Nichts anderes kann bei rechtlicher Unmöglichkeit wegen fehlender privatrechtlicher Befugnis gelten. ⁸⁾ Art. 20

Abs. 3 GG greift hier nicht ein. Die Bindung der Behörde an das Gesetz reicht nicht so weit, daß die Gewährung einer Vergünstigung nicht von einem möglicherweise rechtswidrigen Verhalten abhängig gemacht werden dürfte. Selbstverständlich muß die Bedingung im übrigen sachgerecht und vom öffentlichen Interesse geboten sein, d. h. die Behörde müßte an sich zur völligen Versagung der Erlaubnis befugt sein. Diese ^{Versagung} jedoch wäre wenig sinnvoll, da das Einverständnis des Dritten in vielen Fällen doch erreicht werden wird. Herstellung dieses Einverständnisses kann hier dem Adressaten überlassen, auf ihn "abgewälzt" werden. Schon nach dem Grundsatz des geringstmöglichen Eingriffs wird derartiges Vorgehen einer gänzlichen Versagung der Erlaubnis vorgezogen werden müssen.

Anders ist es bei Auflagen. Sie enthalten einen echten Verwaltungsbefehl. Dem Adressaten wird hier nicht ein möglicher Weg aufgezeigt, den er nach eigener Entscheidung beschreiten kann oder nicht. Vielmehr wird ihm etwas hoheitlich befohlen, notfalls wird die Auflage vollstreckt. Es bestehen keine relevanten Besonderheiten gegenüber "selbständigen" Ge- oder Verböten, deren Erfüllung private Gegenrechte hindern. ⁹⁾ Solche

7) DÖV 1968, 730/731

8) So im Ergebnis auch PROVGE 38, 376/380

9) Dieser Meinung z. B. auch OVG Hamburg, VerwRSpr. 5, S 841 ff, ohne daß Anlaß zu besonderer Begründung genommen wurde.

Auflagen sind rechtswidrig wegen Verstoßes gegen Art. 20 Abs. 3 GG, mögen sie bereits im Genehmigungsbescheid enthalten sein oder erst nachträglich ergehen.

Freilich ist die Grenze zwischen Auflage und Bedingung nur dogmatisch scharf zu ziehen. In der Praxis werden häufig unzutreffende Bezeichnungen und Formulierungen gewählt. Trotz Überschrift und Wortlaut ist es daher Sache der Auslegung des objektivierten behördlichen Willens, ob nun tatsächlich eine (zulässige) Bedingung oder eine (rechtswidrige) Auflage gewollt ist. Dabei kann neben dem reinen Wortlaut, der Begründung des Bescheids und anderen Merkmalen auch ein wichtiger Anhaltspunkt sein, daß im Zweifel der rechtlich zulässige Weg gewählt sein wird.¹⁰⁾ Dies wird hier oft für die Annahme einer Bedingung ausschlaggebend werden. Auch bei eindeutig gebotener anderer Auslegung bleibt die Umdeutung analog § 140 BGB.¹¹⁾ Ohne es klar auszusprechen, geht die Rechtsprechung bei solchen "Auflagen" auch häufig diesen Weg. Das in der Auflage enthaltene rechtswidrige Gebot zum Handeln wird umgedeutet in eine Versagung bzw. Einschränkung der Genehmigung, "es sei denn", die betreffende Handlung erfolge.¹²⁾ Es wird also die im Genehmigungsbescheid enthaltene Auflage als aufschiebende Bedingung, eine nachträglich erlassene Auflage als Widerruf der Genehmigung unter auflösender Bedingung angesehen. Dem kann unbedenklich zugestimmt werden. Die Gerichte könnten sich lediglich im Einzelfall noch klarer zur Notwendigkeit einer Auslegung oder Umdeutung und zur dabei einzuschlagenden genauen Verfahrensweise bekennen.

4. Geltung ohne Rücksicht auf subjektive Merkmale

Wird Verstoß gegen die private Rechtsordnung gefordert, so ist für die Rechtswidrigkeit dieses Verlangens allein die objektive Sachlage maßgeblich. Subjektive Momente, insbesondere Kenntnis der Beteiligten, sind ohne Bedeutung.

¹⁰⁾ Vgl. z. B. ProVGE 16, 391/395; zustimmend: Erbel, Unmöglichkeit, S. 150

¹¹⁾ Zur grundsätzlichen Zulässigkeit auch bei nur anfechtbaren Verwaltungsakten vgl. etwa Eyermann-Fröhler RNr. 18/Anh. § 42 VwGO

¹²⁾ So schon ProVGE 38, 376/380; ebenso BVerwG BayVBl. 1969, 64/65; dazu neigt wohl auch BVerwG DÖV 1966, 761, obwohl die Frage dort offen bleibt.

4.1 Kenntnis der Behörde

Auch wenn die Behörde von privaten Rechten Dritter nichts weiß, was praktisch die Regel sein dürfte, verstößt ihr Verhalten objektiv gegen das Recht, der VA ist rechtswidrig. Dies gilt ohne Rücksicht darauf, ob die Unkenntnis vorwerfbar erscheint. Verschulden und Rechtswidrigkeit sind streng auseinanderzuhalten. Allein schon der Befehl, gegen die Rechtsordnung zu verstoßen, ist fehlerhaft, mag er auch mit besten Motiven und im guten Glauben erteilt worden sein. Niemand bezweifelt z. B. die Rechtswidrigkeit von VAen, die auf Grund verfassungswidriger Gesetze ergingen: Ihnen fehlt die notwendige Ermächtigung. Dennoch wird man der Vollzugsbehörde aus der Anwendung solch nichtiger Gesetze kaum einen Vorwurf machen können. ¹³⁾ Nicht das subjektiv unrichtige Handeln, sondern die objektive Unvereinbarkeit des Ergebnisses, hier eines Befehls, mit verbindlichen Normen führt zur Rechtswidrigkeit behördlicher Akte.

4.2 Kenntnis des Adressaten

Auch der Adressat braucht vom entgegenstehenden privaten Drittrecht keine Kenntnis zu haben. Fehlt sie, so ist der VA dennoch fehlerhaft. Neben sonst entstehenden unlösbaren praktischen Schwierigkeiten ¹⁴⁾ erschiene es mindestens eigenartig, die Rechtmäßigkeit behördlichen Handelns von solcher Kenntnis des Adressaten abhängig zu machen. Entscheidend ist aber letztlich folgendes: Der Grund der Fehlerhaftigkeit ist nicht der - auch nur der abstrakt mögliche - Gewissenskonflikt des Adressaten. Entscheidend sind ebensowenig mögliche Sanktionen oder Regreßansprüche des Dritten, die eine Kenntnis des Adressaten unter Umständen voraussetzen würden. Ursache ist allein, daß die Behörde Verstoß gegen die Rechtsordnung verlangt. Dieser Verstoß liegt jedoch ohne Rücksicht darauf vor, ob er dem Adressaten bekannt ist oder bekannt sein müßte.

13) Die ganz überwiegende Meinung räumt der Verwaltungsbehörde keine "Verwerfungskompetenz" ein, sondern allenfalls eine Prüfungskompetenz.

14) Vgl. dazu schon vorne unter § 1 Abschnitt 2.7

5. Geltung für alle Arten privater Drittrechte

Ohne Belang ist schließlich auch, welcher Kategorie das im Einzelfall vorliegende private Gegenrecht angehört. Dingliche, schuld-, familien- oder erbrechtliche Positionen des Dritten können dem behördlichen Verlangen gleichermaßen entgegenstehen. Genausowenig spielt es eine Rolle, ob die Rechte absolut oder relativ, höchstpersönlich oder veräußerlich, vermögensrechtlich oder immateriell sind, ob ihre Beeinträchtigung einen Beseitigungsanspruch, eine Schadensersatzpflicht oder sonstige Sanktionen auslöst. Würde sich der Adressat über die Rechtsstellung des Dritten hinwegsetzen, so brähe er in allen Fällen die Rechtsordnung. Verlangt dies die Behörde von ihm, so verstößt sie gegen Art. 20 Abs. 3 GG, gleich welcher Art das Recht ist.

Zwei Gruppen von privatrechtlichen Beschränkungen freilich bedürfen etwas genauerer Untersuchung. Es handelt sich dabei einmal um gemeinschaftsinterne Verwaltungs- und Verfügungsbeschränkungen, zum anderen um vertragliche (also "freiwillige") Verpflichtungen. §§ 4 und 5 dieser Arbeit werden dazu Näheres ausführen.

§ 4 Der "Sonderfall" der Verwaltungs- und Verfügungs-
beschränkungen bei Gemeinschaften

1. Vorbemerkung

2. Subjekt und Struktur der Polizeipflicht bei
Gemeinschaften

2.1 Gesamtschuld oder Gesamthandschuld?

2.2 Partielle Rechtsfähigkeit von Gemeinschaften?

3. Folgen bestehender Verwaltungs- und Verfügungs-
beschränkungen

3.1 Änderung des Normadressaten?

3.2 Entstehung privater Gegenrechte Dritter und
Rechtsfolgen aus Art. 20 Abs. 3 GG

./.

1. Vorbemerkung

Private Gegenrechte Dritter besonderer Art können infolge Verwaltungs- oder Verfügungsbeschränkungen bei Personenzusammenschlüssen ohne eigene Rechtsfähigkeit auftreten - etwa Erbengemeinschaft, Miteigentum, Personengesellschaften usw. Zu Maßnahmen, die in die Substanz gemeinschaftlicher Gegenstände eingreifen, zu wesentlichen Veränderungen und ähnlichem ist ein Mitglied allein in der Regel privatrechtlich nicht befugt. Das gilt nicht nur für die sogenannten "Gemeinschaften zur gesamten Hand" (Personalgesellschaften, ¹⁾ eheliche Gütergemeinschaft, ²⁾ Erbengemeinschaft ³⁾, sondern auch für die Bruchteilsgemeinschaft ⁴⁾ und damit ihren wichtigsten Sonderfall, das Miteigentum. Verlangt nun die Behörde solche Handlungen isoliert von einem der "Gemeinschaftler" (Miteigentümer, Erben, Gesellschafter), so würde er bei Befolgung des Befehls unbefugt in die Rechte seiner Genossen eingreifen. Er würde gegen private Verpflichtungen verstoßen, sich Unterlassungs- oder Schadensersatzansprüchen der übrigen aussetzen. Andererseits kann die Behörde nicht ohne weiteres gegen die Gemeinschaft als ganze vorgehen: Es ist sehr zweifelhaft, ob diese selbst - mangels Rechtsfähigkeit - überhaupt Träger der Polizeipflichtigkeit, damit Adressat des VA sein kann. So fehlt weithin Einigkeit, oft auch Klarheit über Möglichkeit und Form polizeilichen Vorgehens gegen derartige "Gemeinschaften". Ansatzpunkte zu einer Lösung offener Fragen werden von den unterschiedlichsten Seiten gesucht, etwa von der Auswahl bei mehreren Störern, ⁵⁾ verwaltungsverfahrenrechtlichen Erörterungen über Wirksamkeit und Zustellung von Verwaltungsakten bei einer Mehrheit von Betroffenen, ⁶⁾ von einer "notwendigen Polizeipflichtgenossenschaft", ⁷⁾ vom Vollstreckungsverfahren her. ⁸⁾ Die folgenden Erörterungen sollen das Problem in zwei Stufen näher beleuchten:

1) Vgl. z. B. §§ 709 Abs. 1, 719 Abs. 1 BGB

2) Vgl. §§ 1419 Abs. 1, 1421 Satz 2 BGB

3) Vgl. §§ 2033 Abs. 2, 2040 Abs. 1 BGB

4) Vgl. §§ 744 Abs. 1, 747 Satz 2 BGB

5) Bezirksverwaltungsgericht Berlin-Zehlendorf, VerwRSpr. 3, S. 94/96; vgl. auch PrOVGE 103, 189

6) OVG Berlin (AS) 6, 113

7) Bettermann, DVBl. 1966, 793

8) BVerwG, DVBl. 1966, 792 und BayVB1. 1973, 161/162; Wachsmuth, BayVB1. 1969, 265/267.

- (a) Subjekt und Struktur der Polizeipflicht bei solchen Gemeinschaften (wer ist "verantwortlich", gegen wen kann eine Maßnahme gerichtet werden, wie verhalten sich die öffentlichrechtlichen Verpflichtungen mehrerer Mitglieder zueinander?),
- (b) Rechtsfolgen von gemeinschaftsbezogenen Verwaltungs- und Verfügungsbeschränkungen auf einzelne Verwaltungsbefehle.

2. Subjekt und Struktur der Polizeipflicht bei Gemeinschaften

2.1 Gesamtschuld oder Gesamthandschuld?

Zu beantworten ist hier die Frage, ob die Gemeinschaft als solche polizeipflichtig ist oder alle Mitglieder zusammen oder jedes einzeln. Dafür ist zunächst von der einfacheren, in der Praxis gar nicht so seltenen Sachlage auszugehen, daß das er-gangene Verwaltungsgebot mit Verfügungs- und sonstigen Beschrän-kungen nicht kollidiert; z. B. wird eine notwendige Erhaltungs-maßnahme im Sinne der §§ 744 Abs. 2, 2038 Abs. 1 Satz 2 BGB verlangt, zu der auch der einzelne allein berechtigt ist. Es soll nun geprüft werden, ob selbst in diesem Fall die Behörde überhaupt berechtigt ist, gegen ein einzelnes Mitglied der Ge-meinschaft vorzugehen. In Anlehnung an das bürgerliche Recht könnte man dann von einer "Gesamtschuld" aller Gemeinschaftler sprechen (vgl. § 421 BGB). Alternative wäre ein "Gesamthand-schuldverhältnis" (vgl. z. B. § 2059 Abs. 2 BGB) oder in Anleh-nung an § 62 ZPO eine "notwendige Polizeipflichtgenossenschaft".⁷⁾ Dabei muß beachtet werden, daß in diesem Zusammenhang ausschließ-lich materiellrechtliche Fragen zu erörtern sind. Es kann und soll hier nur gefragt werden, ob ein separates Mitglied der Gemeinschaft nach materiellem Recht fähig ist, allein Träger der Polizeipflicht zu sein, nicht aber, auf welche Art diese Pflicht im Einzelfall konkretisiert werden muß. Es soll geprüft werden, ob er - auch ohne die anderen - "Voll"-Pflichtiger ist,⁹⁾ nicht, ob Wirksamkeit des VA Zustellung an alle Mitglieder er-

7) Bettermann, DVBl. 1966, 793

9) Dem ähnelt im bürgerlichen Recht die Frage nach der Passiv-legitimation, nach dem Anspruchsverpflichteten.

fordert. ¹⁰⁾ Die Erörterung der letzten Frage bleibt dem verfahrensrechtlichen Teil dieser Arbeit vorbehalten. Sie betrifft nicht die materielle Rechtmäßigkeit, sondern Erfordernisse der Wirksamkeit des VA, gehört demnach zum Verwaltungsverfahren. Hier wird also nur die Frage nach der vollen Polizeipflicht des einzelnen, d. h. im wesentlichen nach der Ermächtigung der Behörde, gestellt und beantwortet, nicht jedoch die Frage nach dem notwendigen und richtigen Zustellungsadressaten, d. h. letztlich nach Modalitäten in der Durchführung der Maßnahme.

Die Rechtsfigur der gesamthänderischen Verpflichtung ist zwar auch dem öffentlichen Recht nicht völlig fremd, ¹¹⁾ sie muß jedoch auf ganz besonders gelagerte Ausnahmefälle beschränkt bleiben, läßt sich v. a. im Bereich der hergebrachten Eingriffsverwaltung, des Polizeirechts im weitesten Sinne, ohne spezielle gesetzliche Regelung nicht anwenden. Rechtsprechung und Lehre behandeln die Polizeipflicht bei mehreren Störern (z. B. Eigentümer und Inhaber der tatsächlichen Gewalt) nahezu einhellig als Gesamt- und nicht als Gesamthand-Schuldverhältnis: Von mehreren Störern "haftet" jeder auf "volle Leistung", die Behörde hat grundsätzlich freie Wahl, wen sie in Anspruch nehmen will. ¹²⁾ Die Richtigkeit dieser Auffassung ist auch kaum zu bezweifeln. Soweit die Behörde überhaupt eingreifen kann, hat sie Ermächtigungen zum Vorgehen gegen beide Personen - gemeinsam oder getrennt. Sie ist keinesfalls gezwungen, sich schlechthin an beide zu wenden.

Im wesentlichen die gleiche Rechtslage besteht bei Vorgehen gegen einzelne Mitglieder von Personenmehrheiten. Auch hier haben wir es mit mehreren (Verhaltens- oder Zustands-) Störern zu tun. Nur könnte hier die Frage zweifelhaft werden, ob eine Ermächtigung überhaupt gegenüber dem einzelnen besteht oder ob - ist ein gemeinschaftliches Verhalten oder ein gemeinsamer Gegenstand

10) Dem ähnelt im bürgerlichen Recht die Frage nach der passiven Prozeßführungsbefugnis, nach der Anspruchsverwirklichung

11) Vgl. etwa: Fleiner, Institutionen, S. 48; ProVG in JW 1925, S. 1678 Nr. 1

12) Vgl. etwa Drews-Wacke, Polizeirecht, S. 237; Proksch, Anm. in BayVBl. 1968, 252/253; Ule-Rasch, Polizei- und Ordnungsrecht Anm. 8 zu § 20 PVG; Jellinek, Verwaltungsrecht, S. 443; ProVG 16, 392; HessVGH, DVBl. 1953, 373; OVG Berlin, NJW 1953, 198.

Anlaß und "Inhalt" des VA - polizeiliche Befugnisse nur gegen alle gemeinsam bestehen. Ist "Eigentümer" etwa im Sinne des Art. 10 Abs. 2 BayPAG jeder Miteigentümer, Gesellschafter etc. oder die Mehrheit der Einzelpersonen in Verpflichtungsgemeinschaft? Eine Lösung ist hier nur durch Auslegung der Ermächtigungsnorm zu finden. Nach der Rechtsprechung haftet allgemein auch jeder Gemeinschaftler - sei er Miteigentümer, Miterbe, Gesellschafter oder sonstiges - für polizeiwidriges Verhalten der Gemeinschaft oder polizeiwidrigen Zustand gemeinschaftlicher Gegenstände allein und in vollem Umfang. ¹³⁾ Dem hat sich die Rechtslehre im wesentlichen angeschlossen. ¹⁴⁾ Ob Gesamthands- oder Miteigentum vorliegt, spielt dabei keine Rolle. Sprechen Normen des allgemeinen oder besonderen Polizei- und Ordnungsrechts von "Eigentümer", "Besitzer", "Gewalthaber", so meinen sie in aller Regel auch den Gesamthandseigentümer, den Mitbesitzer, einen von mehreren Gewalthabern. Als Begründung führt z. B. Samper ¹⁵⁾ aus, auch Gesamthandseigentum sei "Eigentum" im Sinne dieser Normen, es sei eben nur "beschränkt durch das Eigentum der anderen". Wesentlich erscheint dogmatisch v. a. folgendes: Die öffentlichrechtliche Polizeipflicht steht, auch wenn sie etwa an einen polizeiwidrigen gemeinsamen Gegenstand anknüpft, der Person näher als der Sache. ¹⁶⁾ Durch VA wird die Polizeipflicht des Bürgers konkretisiert, nicht die der Sache. Unmittelbar wird vom Menschen etwas verlangt, nicht auf die Sache eingewirkt, mag dies auch das Endziel sein. ¹⁷⁾ Praktische Grundlage und Rechtfertigung dieser Auffassung ist letztlich, daß niemand

13) ProVGE 103, 189 unter Hinweis auf "ständige Rechtsprechung"; OVG Hamburg, VerwRSpr. 18, Nr. 143

14) Wachsmuth, BayVBl. 1969, 265; Ule-Rasch, a.a.O., Anm. 3 zu § 20 PVG; Drews-Wacke, a.a.O., S. 236

15) RNR. 12 zu Art. 10 BayPAG

16) Noch wesentlich weiter geht die Auffassung des BayVGh in BayVBl. 1970, 328: Das Gericht lehnt eine Vererblichkeit der Polizeipflicht unter Hinweis auf ihre "höchstpersönliche Natur" ab; insoweit a.A. BVerwG BayVBl. 1973, 161 und v. a. DÖV 1971, 640/641, wobei jedoch auch das BVerwG anerkennt, "daß nicht die Sache selbst, sondern der Eigentümer oder Gewalthaber polizeipflichtig ist".

17) Soweit freilich polizeiliche Realakte unmittelbar, d. h. ohne Vermittlung durch die Person, auf die Sache einwirken, mag dies anders zu beurteilen sein. Dann aber sind schon nach der Natur der Handlung alle betroffen, die Frage nach dem "notwendigen Vorgehen gegen alle gemeinsam" taucht überhaupt nicht auf.

sich der Polizeipflicht durch den Hinweis entziehen darf, auch einen anderen treffe die gleiche Pflicht. ¹⁸⁾ Ein Plus an Verantwortlichkeit darf nicht zu einem Minus an behördlicher Befugnis führen. Das öffentliche Interesse wäre stärkstens gefährdet, wenn stets "alle unter einen Hut gebracht" werden müßten. Haben mehrere verursacht oder sind mehrere für einen polizeiwidrigen Zustand sonst verantwortlich, so hat die Behörde das Recht, gegen jeden von ihnen in vollem Umfang einzuschreiten. Die (Mit-) Verantwortung eines Dritten soll nicht von der eigenen Verpflichtung befreien. All diese Überlegungen zur Mehrheit von Störern treffen auch und gerade für unsere "Gemeinschaften" zu. Voll polizeipflichtig ist daher auch hier jeder einzelne; die Einwendung, man möge sich doch (auch) an die anderen halten, eine Ermächtigung bestehe nur zum Vorgehen gegen alle gemeinsam, ist unzutreffend. Bei mehreren "Störern", d. h. hier mehreren Eigentümern, Besitzern usw., kann die Behörde sich an jeden halten, sie kann wählen, gegen wen sie vorgehen will. Sie kann daher auch etwa gegen zwei von drei Gemeinschaftern, ebenso gegen alle drei gleichzeitig einschreiten, kann also gegen A, B und C drei gleichlautende VAe (z. B. Beseitigungsanordnungen) erlassen. Es liegen dann drei separate VAe gegenüber verschiedenen Einzelpersonen vor. Alle drei Personen sind- etwa als Miteigentümer einer baufälligen Anlage - gesondert verantwortlich. Die Polizeipflichtigkeit ist Gesamtschuld, nicht Gesamthandschuld.

2.2 Partielle Rechtsfähigkeit von Gemeinschaften?

Wie aber, wenn die Behörde einen VA "gegen die Gemeinschaft A, B, C" als solche erläßt? Auf den ersten Blick mag dies als dasselbe erscheinen. Überlegt man sich aber die Konsequenzen für Fragen der Zustellung, der Vollstreckung, der Anfechtungsberechtigung, Prozeßführungsbefugnis und Parteirolle im Prozeß oder auch die Folgen bei Personenwechsel innerhalb der Gemeinschaft (C überträgt seinen Anteil auf D), so zeigen sich gravierende Unterschiede. Entscheidende Frage ist nun, ob die Behörde überhaupt berechtigt ist, trotz Fehlens einer spezialgesetzlichen Regelung die Personenmehrheit als solche in Anspruch zu nehmen. In Abschnitt 2.1 wurde geklärt, daß sie grundsätzlich

18) Besonders klar PROVGE 103, 189/190

gegen einen einzelnen Gemeinschaftler isoliert, damit ebenso gegen mehrere oder jeden durch einzelne VAe, vorgehen darf. Nun ist zu untersuchen, ob sie auch gegen alle gemeinschaftlich, d. h. durch einheitlichen VA gegenüber der Gemeinschaft als solcher, einschreiten darf. Mit anderen Worten: Können - nach Zivilrecht nicht rechtsfähige - Personenvereinigungen Träger von öffentlichen Rechten und Pflichten, insbesondere Träger der Polizeipflicht, sein?

Die Festlegung des Normadressaten ist Sache des Gesetzgebers. Er kann öffentliche Rechts- und Pflichtfähigkeit ohne weiteres für Einzelgebiete abweichend vom bürgerlichen Recht festlegen. Dabei ist die Pflichtfähigkeit lediglich die notwendige Kehrseite der Rechtsfähigkeit und umgekehrt. Hat etwa eine BGB-Gesellschaft als solche nach spezialgesetzlicher Regelung Anspruch auf Subvention, so kann ihr gegenüber auch ein Leistungsbescheid auf Rückforderung der Mittel wegen zweckfremder Verwendung ergehen. Eine Erbengemeinschaft, die Anspruch auf Erlass eines begünstigenden VA hat, ist umgekehrt tauglicher Adressat von einschränkenden Auflagen. Daß damit der engere Begriff der "Allgemeinen Rechtsfähigkeit" ¹⁹⁾ verlassen ist, liegt auf der Hand. Es handelt sich nur um eine partielle, eine Teil-Rechtsfähigkeit, d. h. die auf Teilgebiete des Rechts beschränkte Eignung, Träger von Rechten und Pflichten zu sein. Dem öffentlichen Recht ist diese Konstruktion durchaus geläufig. ²⁰⁾ Man vergleiche etwa §§ 61 Ziff. 2 VwGO oder § 10 Nr. 2 des Entwurfs eines VwVfG: Hier wird durch Verwendung des Wortes "soweit" bei Festlegung der verfahrensrechtlichen Beteiligungsfähigkeit an diese partielle Rechtsfähigkeit nach materiellem Recht angeknüpft. Ähnliches zeigt auch § 113 AO, wonach natürliche Personen nach bürgerlichem Recht für Steuerschulden einer Gemeinschaft haften, soweit diese "als solche" der Besteuerung unterliegt.

Nur selten hat allerdings der Gesetzgeber diese partielle Rechts- und Pflichtfähigkeit *expressis verbis* festgelegt. Sie wird sich in der Regel lediglich aus dem Zusammenhang der einschlägigen

19) Vgl. etwa Palandt, Einl. 1 vor § 1 BGB

20) Vgl. z. B. Förger, BayVBl. 1973, 10 m.w.Nw.; Hoffmann-Becking, DVBl. 1972, 299/300

Vorschriften ergeben. Besonders einleuchtende Beispiele, die auch die mögliche Differenzierung zwischen mehreren Arten von Gemeinschaften gut zeigen, finden sich im Steuerrecht. Die Grunderwerbsteuer etwa sieht als partiell rechts- und pflichtfähig an: Bürgerlichrechtliche und Handels-Gesellschaften, Erbengemeinschaft, nichtrechtsfähige Vereine.²¹⁾ Dementsprechend ist auch Steuerschuldner i.S. § 15 GrEStG die Gesamthand; ihre Mitglieder haften lediglich über § 113 AO. Anders bei ehelicher Gütergemeinschaft und Miteigentum:²²⁾ Hier werden die Anteile rechnerisch den einzelnen Personen zugerechnet; diese allein sind Steuerschuldner, gegen sie ergehen gesonderte Steuerbescheide. Für die Körperschaftssteuer wieder sind partiell rechts- und pflichtfähig nichtrechtsfähige Vereine, Anstalten, Stiftungen und andere Zweckvermögen, nicht aber Personalgesellschaften.²³⁾ "Unternehmer" i.S. des Umsatzsteuerrechts kann dagegen jede Art einer Personenvereinigung sein.²⁴⁾ Auch im eigentlichen Verwaltungs- und im Verfassungsrecht fehlt es nicht an Beispielen für solch partielle Rechtsfähigkeit. Man denke an politische Parteien, Fraktionen in Bundestag, Landtagen und Gemeinderäten oder den Gemeinderat als solchen. Diese Gruppen werden in gewissen - durch Auslegung der einschlägigen Normen näher abzugrenzenden - Beziehungen als Rechtssubjekte anerkannt; sie haben für diesen Bereich bestimmte, meist zweckgebundene Rechte und Pflichten, sind dann auch insoweit im Verfassungs- oder Verwaltungsprozeß parteifähig.

Es bleibt zu prüfen, ob im Polizei- und Ordnungsrecht aus dem Gesetzeszusammenhang ebenfalls diese partielle Rechts- und Pflichtfähigkeit von Personenmehrheiten gefolgert werden kann. Eindeutige Anhaltspunkte sind weder in den Polizeigesetzen noch etwa im Recht der allgemeinen oder besonderen Ordnungsverwaltung

21) Arg. aus § 5 Abs. 2, § 6 Abs. 2, 3 GrEStG: Eine Steuervergünstigung wäre mangels eines steuerpflichtigen Übertragungsstatbestandes überflüssig, würde die Gesamthand nicht als eigene Rechtspersönlichkeit betrachtet.

22) Arg. aus § 3 Ziff. 4 GrEStG ("Erwerb durch einen Ehegatten") bzw. aus § 6 Abs. 1 GrEStG ("einzelne Erwerber" im Gegensatz zu "Anteil des einzelnen" bei Gesamthandsgemeinschaften)

23) § 1 Abs. 1 Ziff. 5 KStG gegenüber § 3 Abs. 1 KStG i.V.m. § 15 Ziff. 2 EStG

24) § 2 UStG

(v. a. Bau-, Gewerbe-, Gesundheitsrecht) zu finden. Schon dies legt den Schluß nahe, es habe dann eben beim Normalfall zu bleiben, d. h. Träger der Polizeipflicht könnten nur natürliche und juristische Personen sein. Es fehlt zudem ein Anlaß für den Gesetzgeber, im öffentlichen Interesse auch Gemeinschaften als solche heranzuziehen: Meist genügt es, nur einen Gemeinschaftler in Anspruch zu nehmen, notfalls kann auch gegen mehrere oder alle durch getrennte Verwaltungsakte vorgegangen werden. Polizeilichen Bedürfnissen kann genügt werden, ohne daß man dazu die Gemeinschaft selbst zum Träger der Polizeipflicht machen müßte. Gewisse Erschwerungen in der Verwaltungspraxis sind hinzunehmen; sie entfallen zudem weitgehend bei richtiger Sachbehandlung. Wollte der Gesetzgeber ihre bloße Möglichkeit ausschließen, so hätte er zu dieser Frage eindeutig Stellung nehmen können und müssen.

Bei völligem Fehlen von Anhaltspunkten im Gesetz und angesichts mangelnder Erforderlichkeit für öffentliche Zwecke sind deshalb solche Gemeinschaften nicht als "polizeipflichtfähig" zu betrachten. Polizeipflichtig ist nur der einzelne, sind die einzelnen Gemeinschaftler, nie aber ist es die Gemeinschaft als solche. Die Behörde kann also rechtmäßig stets nur durch einen oder mehrere Verwaltungsakte gegen die einzelnen Mitglieder vorgehen, nicht aber gegen die Gemeinschaft als eigenes Rechtssubjekt. Freilich hätte es der Gesetzgeber in der Hand, die Gemeinschaft selbst als Träger der Verpflichtung festzulegen - allein oder neben ihren einzelnen Mitgliedern. Dazu wären jedoch konkrete Aussagen in einschlägigen Ermächtigungsnormen erforderlich, die bislang fehlen.

3. Folgen bestehender Verwaltungs- und Verfügungsbeschränkungen

3.1 Änderung des Normadressaten?

Zunächst muß festgestellt werden, daß Subjekt und Struktur der Polizeipflicht von derartigen Beschränkungen nicht berührt werden. Der mögliche Normadressat bleibt unverändert, es gilt in vollem Umfang das oben in Abschnitt 2 Ausgeführte. Polizeipflichtig bleiben allein die einzelnen natürlichen Personen, nicht wird es die Gemeinschaft selbst. Auch wenn einer allein zum verlangten Handeln privatrechtlich nicht befugt ist, ändert

sich die Ermächtigung der Behörde nicht; es stehen nur der Durchführung der gebotenen Maßnahme Hindernisse entgegen. Die Fragen, ob diese Hindernisse beachtlich sind, ob sie durch geeignete Verwaltungsakte beseitigt werden können, sind nicht aus den Rechtsfiguren des Gesamthandschuldverhältnisses, der "notwendigen Polizeipflichtgenossenschaft" oder der partiellen Rechtsfähigkeit zu lösen. Nicht nur fehlt ein Zwang der Behörde, die Gemeinschaft als Ganzes in Anspruch zu nehmen, vielmehr wäre dies überhaupt nicht zulässig: Polizeipflichtig können auch jetzt nur die einzelnen Gemeinschaftler sein. Daß ein Gesamtschuldner allein hier unter Umständen nicht leisten kann oder darf, wandelt das Gesamtschuldverhältnis auch nicht in ein Gesamthandschuldverhältnis um. Die Struktur der Polizeipflicht, folgend aus dem Inhalt der Ermächtigung, bleibt völlig unverändert. Freilich kann sich die Notwendigkeit ergeben, gegen alle einzuschreiten, um die privatrechtlichen Hindernisse zu beseitigen. Dieser Zwang beruht dann aber nicht auf einem Gesamthandschuldverhältnis, sondern kann nur aus anderen Gründen hergeleitet werden.

3.2 Entstehung privater Gegenrechte Dritter und Rechtsfolgen aus Art. 20 Abs. 3 GG

Wird trotz vorhandener Beschränkungen nur einer, oder werden mehrere, doch nicht alle Gemeinschaftler mit einem Verwaltungsgebot belegt, so tritt das gleiche Problem auf, wie es bei Inanspruchnahme nur des Eigentümers oder des Besitzers bei einem Mietverhältnis der Fall ist. Einer allein darf nach seinen zivilrechtlichen Bindungen dem Verwaltungsbefehl nicht nachkommen. Befolgt er ihn dennoch, so verstößt er gegen private Rechte anderer. Für den Gemeinschaftler, der nach §§ 744 Abs. 1, 747 Satz 2 BGB ein in Miteigentum stehendes Haus nicht alleine abbrechen darf, gilt grundsätzlich dasselbe wie für den Alleineigentümer, der dem Mieter gegenüber zur weiteren Gebrauchsüberlassung gehalten ist.

Dies wird von der h. M. in Lehre und Rechtsprechung verkannt oder zumindest nicht deutlich gemacht. Hier wird die Einwendung entgegenstehender privater Drittrechte bei Gemeinschaften im Ergebnis ins Verwaltungsvollstreckungsverfahren verwiesen, d. h.

im Anordnungsverfahren nicht zugelassen. 25) Man sagt etwa, der allein gegen einen Gemeinschaftler erlassene VA könne "nicht zwangsweise vollstreckt" werden, solange nicht die Rechte auch des oder der anderen - z. B. durch Zustimmung, Duldungsanordnung - ausgeräumt seien. Dabei geht man offensichtlich davon aus, der ursprüngliche Verwaltungsbefehl selbst sei trotz bestehender Beschränkungen des Adressaten rechtlich unbedenklich. Oft wird das Problem in Zusammenhang mit dem spätest zulässigen Zeitpunkt einer ergänzenden Anordnung gegenüber dem Dritten abgehandelt. Die Frage stellt sich dann in der Form, ob Beseitigungs- und Duldungsanordnung gleichzeitig ergehen müssen, oder bis wann letztere nachholbar ist. 26) Die etwas irreführende Etikettierung darf nicht über das eigentliche Problem hinwegtäuschen. Läßt man unbegrenzt und ganz allgemein Nachholung bis zur Vollstreckung zu, so betrachtet man die privatrechtliche Befugnis des Adressaten nicht als Rechtmäßigkeitsvoraussetzung für den VA der Anordnung, sondern verlangt nur für Vollstreckung, die den Dritten mit betrifft, auch diesem gegenüber einen Titel. Die Frage bleibt nur, ob das Fehlen dieses Titels nicht dazu zwingt, bereits den VA der Anordnung als rechtswidrig zu betrachten. Eigenartigerweise unterscheidet die Rechtsprechung hier ohne irgendeine Begründung, als sei es selbstverständlich, zwischen den zwei Fallgruppen. Auf der einen Seite wird bei gemeinschaftsinternen Verwaltungs- und Verfügungsbeschränkungen Ausschaltung der Drittrechte bis zum Beginn der Vollstreckung für o. w. möglich und ausreichend gehalten. Auf der anderen Seite sollen entgegenstehende dingliche oder obligatorische Rechte Dritter schon den VA der Anordnung fehlerhaft machen. Davon, daß die Ausräumung der Drittrechte auch hier nur Vollstreckungsvoraussetzung sei, ist nicht die Rede. 27)

25) Vgl. z.B. ProVGE 103, 189/191; BVerwG DVBl. 1966, 792 und BayVBl. 1973, 161. E. Proksch, Anm. in BayVBl. 1968, 252; Erbel, Unmöglichkeit, S. 74, 75 m.w.Nw.; anders wohl: ProVGE 69, 401; Drews-Wacke, Polizeirecht, S. 236; Bettermann, Anm. in DVBl. 1966, 792.

26) OVG Hamburg, VerwRSpr. 18, Nr. 143; OVG Berlin (AS) 6, 113 - Leitsatz 2; OVG Münster, DÖV 1971, 643.

27) Ausnahmen: Wachsmuth, BayVBl. 1969, 265, der beide Fallgruppen gleich behandeln will, und BVerwG, BayVBl. 1973, 161, nach dem die Befugnisse von "Nebenberechtigten (z.B. Miteigentümern oder obligatorisch Berechtigten)" nur die Durchsetzbarkeit, nicht die Rechtmäßigkeit des VA berühren sollen.

Wird in der Literatur die Rechtslage bei Gemeinschaften überwiegend als ganz andere Erscheinung angesehen, wird sie in rechtlicher Konstruktion und praktischem Ergebnis abweichend von den anderen Fällen behandelt, so kann dem nicht zugestimmt werden. Verwaltungs- und Verfügungsbeschränkungen führen ebenso wie dingliche oder schuldrechtliche Bindungen dazu, daß vom Adressaten eines VA etwas verlangt wird, was er privatrechtlich nicht tun darf. Dies wurde vom PrOVG für den Eigentümer im Verhältnis zum Zwangsverwalter ohne weitere Begründung als selbstverständlich angenommen. ²⁸⁾ Nicht anders sind aber die gemeinschaftsinternen Beschränkungen zu behandeln. Auch hier gerät der Adressat in die Zwangslage zwischen öffentlichrechtlichem Sollen und zivilrechtlichem Dürfen. Auch hier verlangt die Behörde von ihm, daß er sich über private Rechte Dritter hinwegsetzt, gebietet sie ihm Rechtsbruch. Auch hier greift daher Art. 20 Abs. 3 GG ein: Der Verwaltungsbefehl ist rechtswidrig und anfechtbar, wenn er etwas verlangt, wozu der Adressat als Mitglied der Gemeinschaft nicht befugt ist.

28) PrOVGE 105, 229/233 - allerdings wurde der VA im Ergebnis doch als rechtens betrachtet, da der Zwangsverwalter nicht ausdrücklich widersprochen hatte.

§ 5 Einschränkungen des Grundsatzes

1. Die Regel: Auch Verträge begründen private Gegenrechte Dritter

1.1 Umgehung von Verwaltungsbefehlen durch Verträge?

1.2 Eigene Auffassung

2. Ausnahmen: Nichtige Verträge

2.1 § 117 BGB - Scheingeschäfte

2.2 § 134 BGB - Gesetzliche Verbote

2.3 § 138 BGB - Sittenwidrige Verträge

2.4 § 306 BGB - Unmöglichkeit der Leistung

3. Die Regel: Der Verwaltungsbefehl wirkt nicht privatrechtsgestaltend

3.1 Literatur

3.2 Eigene Auffassung

4. Ausnahmen: Besondere Duldungspflichten

4.1 Duldungspflicht kraft Verwaltungsakts bei spezieller Vorschrift

4.2 Duldungspflicht unmittelbar kraft Gesetzes

4.3 Duldungspflicht kraft zivilrechtlicher Sondervereinbarung

§ 5 Einschränkungen des Grundsatzes

1. Die Regel: Auch Verträge begründen private Gegenrechte Dritter

1.1 Umgehung von Verwaltungsbefehlen durch Verträge?

Hält man sich die umfassenden Konsequenzen des aus Art. 20 Abs. 3 GG entwickelten Grundsatzes vor Augen, so liegt ein Einwand nahe, der in der Diskussion (v. a. in der Rechtsprechung) öfters auftaucht: Der Gedanke, der Bürger könne auch durch vertragliche, d. h. freiwillige Übernahme privatrechtlicher Verpflichtungen VAe zu Fall bringen, ist zunächst überraschend und scheint auf den ersten Blick zu unliebsamen, ja untragbaren Ergebnissen zu führen. Ein krasses Beispiel mag dies verdeutlichen: A befürchtet, ihm werde aus baupolizeilichen Gründen in Kürze der Abbruch eines Schuppens aufgegeben. Daraufhin verpflichtet er sich dem "bereitwilligen" B gegenüber, den Schuppen zehn Jahre lang stehen zu lassen. Verfügt nun die Behörde die erwartete Maßnahme, so wäre der VA auf Klage hin wegen Verstoßes gegen Art. 20 Abs. 3 GG aufzuheben. Noch seltsamer mutet dieses Ergebnis an, wenn zunächst der Verwaltungsbefehl ergeht, dann erst - etwa im Laufe eines Widerspruchsverfahrens - der Vertrag geschlossen wird. Zweifellos käme es einer Lähmung der Verwaltung gleich, wenn damit schon das letzte Wort gesprochen, wenn behördliches Eingreifen endgültig unzulässig wäre. Soweit freilich die Rechtsprechung vereinzelt aus solchen Befürchtungen folgert, privatrechtliche Abmachungen könnten die Behörde überhaupt nicht binden, schießt sie über das Ziel hinaus. Wie bereits erwähnt, ¹⁾ gilt diese Feststellung nur dort, wo öffentlichrechtliche Verpflichtungen des Adressaten durch private Vereinbarung auf Dritte abgewälzt, nicht aber, wo private Rechte des Dritten gegen den Adressaten des VA geschaffen werden sollen. Der Adressat kann nicht vorbringen, er habe gegen Dritte ein Recht auf Erfüllung der Polizeipflicht gerade durch sie, wohl aber, er sei einem anderen gegenüber gerade zum Gegenteil des von der Behörde Verlangten verpflichtet.

1) Vgl. § 1 Abschn. 1.2 und dort vor allem Fußnoten 24 bis 26.

1.2 Eigene Auffassung

Dennoch bleibt der praktische Einwand bestehen. Freilich kann er im Endergebnis nicht als schlüssig gelten: Unmöglichkeit isolierten Vorgehens gegen nur einen der Vertragspartner verhindert keinesfalls endgültig die Durchsetzung des verfolgten öffentlichen Interesses. Die Behörde hat in aller Regel die Möglichkeit, daneben auch gegen den Dritten einzuschreiten, sein Gegenrecht durch geeignete administrative Maßnahmen auszuschalten, seine "Zustimmung in Anspruch zu nehmen".²⁾ Auf Einzelheiten soll erst in § 7 der Arbeit eingegangen werden; hier ist nur die grundsätzliche Möglichkeit festzuhalten. Die vertragliche Abmachung, die den VA hindert, kann letztlich zu Fall gebracht werden. Dies geschieht in Form eines gleichlautenden VA auch gegen den Dritten³⁾ oder - wie häufig in der Praxis - in Form einer Duldungsanordnung.⁴⁾ Die Befriedigung des öffentlichen Interesses ist also in Wahrheit nicht vereitelt, allenfalls wird sie durch die Notwendigkeit einer "ergänzenden" Maßnahme erschwert oder verzögert. Das allein aber ist kein zureichender Grund, zivilrechtliche Abmachungen schlechthin als unbeachtlich anzusehen, dem öffentlichen Recht unbedingten Vorrang - auch ohne spezialgesetzliche Ermächtigung - gegenüber Privatverträgen einzuräumen. Gewisse Erschwerung der Verwaltungsarbeit muß angesichts des hohen Ranges des umfassenden Grundsatzes aus Art. 20 Abs. 3 GG in Kauf genommen werden.

2. Ausnahmen: Nichtige Verträge

Allerdings bleiben besonders gelagerte Fälle. Es erscheint z. B. ungerechtfertigt, dem Adressaten auch bloß vorgeschobene vertragliche Verpflichtungen zugute kommen zu lassen. Derartige Grenzfälle lassen sich aber praktisch befriedigend lösen, ohne daß der Grundsatz der Beachtlichkeit privater Rechte in Frage gestellt werden müßte. Mißbräuchlichen kollusiven Abmachungen ist schon vom

2) So Fellner, DVBl. 1954, 692/693; vgl. z.B. auch Drews-Wacke, Polizeirecht, S. 237, 238 m.w.Nw.; Erbel, Unmöglichkeit, S. 134; PrOVGE 24, 384/386; OVG Hamburg, DVBl. 1957, 867/870; VGH Stuttgart, VerwRSpr. 9, S. 978.

3) Beispiel: eine zweite Beseitigungsanordnung gegen den Mitgesellschafter.

4) Beispiel: Anordnung gegen den Mieter, gerichtet auf Duldung des Abbruchs durch den Eigentümer.

bürgerlichen Recht her vorgebeugt. Ein Hindernis begründet nur ein wirksamer Vertrag; ist er nichtig, so fehlt ein Drittrecht, das den VA fehlerhaft machen könnte. Als Nichtigkeitsgründe kommen dabei in erster Linie die §§ 117, 134, 138 und 306 BGB in Betracht. Bei genauer Prüfung und ausgewogener Anwendung dieser Bestimmungen sind auch Sonderfälle befriedigend lösbar, ohne daß die Geltung des Art. 20 Abs. 3 GG dogmatisch aufgegeben oder praktisch ausgehöhlt würde.

2.1 §§ 117 BGB - Scheingeschäfte

Gemäß § 117 Satz 1 BGB ist eine Willenserklärung nichtig, wenn sie nur zum Schein abgegeben wird. Das kann häufig, muß aber nicht immer anzunehmen sein, wenn ein erwarteter oder schon ergangener VA zu Fall gebracht werden soll. Entscheidend ist, ob verbindliche Erklärungen wirklich gewollt sind. Vereinbaren A und B tatsächlich einen langfristigen Mietvertrag, so greift § 117 BGB auch dann nicht ein, wenn einziges Motiv eines oder beider Vertragspartner die Vereitelung der behördlichen Maßnahme ist. Anders verhält es sich, wenn das Rechtsgeschäft überhaupt nicht abgeschlossen, sondern nur der Behörde vorgespiegelt sein soll. Welche Alternative vorliegt, bleibt Frage des Einzelfalles.

2.2 § 134 BGB - Gesetzliche Verbote

Unmittelbare Anwendung des § 134 BGB wird selten möglich sein. Zwar sind oft gerade Bestimmungen des materiellen Verwaltungsrechts, zu deren Durchsetzung der Verwaltungsbefehl ergeht, "gesetzliche Verbote" im Sinne des § 134 BGB; auch ergibt sich meist aus ihrem Schutzzweck, daß die dagegen verstoßenden Rechtsgeschäfte nichtig sein sollen.⁵⁾ Jedoch untersagen derartige öffentlichrechtliche Vorschriften in aller Regel nicht zivilrechtliche Vereinbarungen, sondern stellen nur tatsächliche Anforderungen oder verbieten eine bestimmte Art der Benutzung. So steht etwa Art. 3 Abs. 1 und 2 BayBO einer gesundheitsgefährdenden Benutzung von Haustierställen zu Wohnzwecken entgegen; das besagt aber noch nicht, daß ein auf solchen Gebrauch gerichteter Mietvertrag unter § 134 BGB fiele.

5) Vgl. die Formulierung des § 134 BGB: "sich nicht ein anderes ergibt".

Verboten ist allein die bestimmte Art der Benutzung, die "tatsächliche Zweckentfremdung", die der Mieter vornimmt, nicht dagegen die Vermietung als solche. ⁶⁾ Nicht die Veränderung der Privatrechtssphäre der Vertragsparteien, sondern eine Handlung oder Unterlassung wider die öffentliche Ordnung soll durch das Verbot verhindert werden. ⁷⁾

Nach allgemeiner Meinung betrifft § 134 BGB allerdings auch die sogenannten "in-fraudem-legis"-Geschäfte. Eine Vereinbarung kann auch dann nichtig sein, wenn sie ein gesetzliches Verbot umgehen soll. Das Verbot etwa der Errichtung und Benutzung eines bestimmten Bauwerks wäre dann durch zivilrechtliche Vereinbarungen "umgangen", wenn der Behörde die Herstellung eines rechtmäßigen Zustandes endgültig oder wenigstens auf ganz erhebliche Zeit unmöglich gemacht würde. Sie kann aber, wie bereits erwähnt, auch gegen den Dritten einschreiten und damit die einschlägigen materiellen Vorschriften durchsetzen. Ein Umgehungsgeschäft kann daher im Regelfall nicht angenommen werden. ⁸⁾

2.3 § 138 BGB - Sittenwidrige Verträge

Auch Sittenwidrigkeit solcher Vereinbarungen kommt nur in ganz besonders gelagerten Ausnahmefällen in Betracht. Die Ausnutzung einer Gesetzeslücke allein macht ein Rechtsgeschäft grundsätzlich nicht "sittenwidrig"; es ist Sache des Gesetzgebers, diese Lücke zu schließen. Auch allein der Wille, behördliche Maßnahmen auszuschalten, genügt für § 138 BGB nicht; es müssen vielmehr ganz besondere Umstände hinzukommen, z. B. absichtliche Täuschung der Behörde oder nicht unbedeutende Gefährdung von Rechtsgütern uneteiligter Dritter. Allgemeingültige Aussagen lassen sich auch hier kaum machen.

2.4 § 306 BGB - Unmöglichkeit der Leistung

Im Gegensatz zu § 134 BGB, wo es nur um die Unerlaubtheit eines "Rechtsgeschäftes" geht, erfaßt § 306 BGB einen wesentlich weiteren

6) So VGH Kassel, DVBl. 1964, 690/691 und OVG Lüneburg, DÖV 1968, 699 - beide mit weiteren Nachweisen; Palandt, Anm. 3 a) zu § 134 BGB. Vgl. auch § 544 BGB, der offenbar ebenfalls von der Rechtsgültigkeit solcher Verträge ausgeht.

7) OVG Lüneburg a.a.O.

8) OVG Lüneburg, a.a.O., am Ende

Bereich. "Leistung" kann zwar auch ein Rechtsgeschäft, v. a. ein Vertrag sein, ⁹⁾ dies ist aber nicht die einzige Möglichkeit. Auch rein tatsächliches Verhalten fällt hierunter, etwa Unterbleiben bestimmter Handlungen oder - beim Mietvertrag - die reale Gebrauchsüberlassung. ¹⁰⁾ Nach wohl allgemeiner Auffassung in Rechtsprechung und Lehre ist "Unmöglichkeit" im Sinne des § 306 BGB u. a. die sogenannte rechtliche Unmöglichkeit. ¹¹⁾ Darunter sind auch Fälle zu subsumieren, in denen sich die Unmöglichkeit aus einem Gesetz oder einem Verwaltungsakt ergibt. Ist dadurch eine Handlung mißbilligt, so kann § 306 BGB eingreifen, wird sie als "Leistung" vereinbart. Es könnte nun bereits eine gesetzliche Vorschrift die "Leistung", z. B. gerade die tatsächliche Überlassung des Gebrauchs eines Raumes an andere, untersagen. ¹²⁾ Freilich sind solche Normen äußerst selten. Genausowenig wie - vgl. vorher - der Abschluß des Mietvertrages ist in der Regel die Leistung selbst verboten, vielmehr sind es allein ihre Folgen, die Ausübung damit eingeräumter Befugnisse, hier etwa die wirkliche Benutzung zu Wohnzwecken. ¹³⁾ § 306 BGB ist dann nicht anwendbar. ¹⁴⁾ Zweitens könnte aber die Leistung unmöglich sein, weil ein spezieller Verwaltungsakt sie untersagt. ¹⁵⁾ Dabei ist zunächst eines zu bedenken: § 306 BGB erfaßt nur die anfängliche Unmöglichkeit; einander gegenüberzustellen sind die Zeitpunkte des Vertragsschlusses und des Wirksamwerdens des VA, d. h. in der Regel dessen Zustellung. Nur wenn Zustellung vor dem privaten Vertrag erfolgt, könnte § 306 BGB überhaupt eingreifen. Im anderen Fall kommt allenfalls nachträgliche Unmöglichkeit (vgl. §§ 275, 280 BGB) in Frage. Dadurch

-
- 9) Z. B. die Auflassung in Erfüllung eines Kaufvertrages; der Abschluß eines Kaufvertrages in Erfüllung eines Vorvertrages.
- 10) Gerade das Beispiel eines Mietvertrages über Wohnraum im Zusammenhang mit einer baurechtlichen Beseitigungsanordnung kann der näheren Prüfung als typischer Fall zugrundegelegt werden.
- 11) Vgl. z. B. Palandt, Anm. 1 a) zu § 275 BGB, Anm. 1 zu § 306 BGB.
- 12) Hier wäre nicht § 134 BGB, sondern § 306 (bzw. §§ 275 ff) BGB einschlägig, da die Überlassung kein Rechtsgeschäft darstellt.
- 13) Vgl. im einzelnen schon unter Abschnitt 2.2 und Fußnote 6.
- 14) Ebenso mit eingehender Begründung ein - leider unveröffentlichtes - Urteil des OVG Hamburg v. 30.10.1956 - Bf. II 164/55.
- 15) Vgl. (mit Einzelfällen und weiteren Nachweisen aus der Rechtsprechung): Staudinger, RNR. 4 zu § 275 BGB; Palandt, Anm. 1 b zu § 275 BGB sowie Anm. 2 d) am Ende zu § 134 BGB auch dazu, daß bei Verstoß gegen einen VA nicht § 134 BGB eingreift.

wird aber nie die Gültigkeit des Vertrages berührt; es kann lediglich die vertragliche Verpflichtung erlöschen oder sich in einen Schadensersatzanspruch umwandeln. Man hat sich nun folgendes vor Augen zu halten: Die typischen hier genannten Verwaltungsakte verbieten keineswegs gerade die Leistung - was für die Anwendbarkeit des § 306 BGB nötig wäre. Diese Verwaltungsakte, etwa eine Beseitigungsanordnung, führen lediglich, werden sie befolgt, zu tatsächlicher Unmöglichkeit der Erfüllung; nach Abbruch des Hauses ist der Mietvertrag nicht mehr erfüllbar. Dies allerdings ist logisch notwendig ein Fall der nachträglichen Unmöglichkeit, da der Erlaß des VA seiner Befolgung, damit dem Eintritt der Unmöglichkeit, vorausgeht. Auch § 306 BGB ist hier also im Regelfall nicht einschlägig.

3. Die Regel: Der Verwaltungsbefehl wirkt nicht privatrechtsgestaltend.

3.1 Literatur

Von der Rechtsprechung wird häufig die Frage gestellt, ob nicht bereits der Erlaß eines Gebotsaktes über Normen des bürgerlichen Rechts das zunächst entgegenstehende Drittrecht ausschalte. Begründet etwa schon die Abbruchverfügung gegenüber dem Vermieter für diesen ein außerordentliches Kündigungsrecht, wird seine Leistung, die Gebrauchsüberlassung, nachträglich unmöglich im Sinne der §§ 275, 280, 323 ff. BGB oder entfällt die Geschäftsgrundlage? Die Gegenrechte des Mieters könnten damit erlöschen, sich in einen bloßen Schadensersatzanspruch umwandeln oder sonst modifiziert werden. Jedenfalls würden sie dem Gebotsakt nicht mehr entgegenstehen, dessen Erlaß wäre bedenkenfrei. ¹⁶⁾ Der aufgestellte Grundsatz über die Beachtlichkeit der privaten Rechte wäre damit in Frage gestellt.

Die ganz überwiegende Meinung verneint solche Einwirkung des Verwaltungsbefehls. So wurde ein außerordentliches Kündigungsrecht für den Vermieter abgelehnt bei Abbruchverfügungen und ähnlichen

16) Davon scharf zu unterscheiden ist die Frage, ob die Behörde durch Erlaß eines zweiten VA gegenüber dem Dritten dessen Rechte ausschalten kann - vgl. dazu im einzelnen § 7.

Verwaltungsakten, ¹⁷⁾ wurde klargestellt, daß aus dem Gebot an einen Miteigentümer oder Vermieter diesem den anderen Berechtigten gegenüber kein Recht zur Durchführung der verlangten Maßnahme erwachse. ¹⁸⁾ Lediglich in einer Entscheidung führt das ProVG aus, ein Vertrag sei "wie ein solcher zu behandeln, dessen Erfüllung teilweise unmöglich geworden ist", wenn während der Vertragsdauer eine polizeiliche Anordnung ergehe, die seine Erfüllung teilweise unterbinde. ¹⁹⁾ Beiläufig spricht auch Wachsmuth ²⁰⁾ davon, "als Grund, selbst für eine außerordentliche Kündigung, genüge hier die behördliche Anordnung."

3.2 Eigene Auffassung

Eine nähere Prüfung zeigt jedoch die Richtigkeit der h. M., beweist, daß eine unmittelbare Gestaltung der privaten Rechtslage durch den Verwaltungsbefehl hier grundsätzlich ausscheiden muß: Einmal führen alle zivilrechtlichen Normen nicht zu einer Lösung, wenn sie richterliche Interessenabwägung, Zumutbarkeitserörterungen und ähnliches voraussetzen. Dies gilt v. a. für die außerordentliche Kündigung und für den Wegfall der Geschäftsgrundlage. Bei der gebotenen Abwägung wäre stets die mögliche Rechtsmittel einlegung durch den Adressaten des VA zu berücksichtigen: Kann der VA erfolgreich angefochten werden, so ist gerichtliches Vorgehen dem Adressaten ohne weiteres zumutbar; er kann sich vorher nicht von seiner zivilrechtlichen Verpflichtung lösen oder schon allein durch das Ergehen des VA als befreit angesehen werden. Über den Erfolg aber entscheidet letztlich die Rechtmäßigkeit des VA, von ihr, nicht wie sonst die Regel, von der bloßen Wirksamkeit des VA gingen damit (das Privatrecht) gestaltende Rechtsfolgen aus. Diese Rechtmäßigkeit aber soll wieder gerade davon abhängen, ob dem VA solch privatrechtsgestaltende Wirkung zukommt. Der Kreis erscheint unlösbar und verführt leicht zu Zirkelschlüssen auf Grund

17) OVG Lüneburg, DÖV 1968, 699; VGH Stuttgart, VerwRSpr. 9, S. 976, Leitsatz 1 am Ende und S. 978

18) ProVGE 69, 401; auch BVerwG DÖV 1966, 761/762 geht wohl für den Fall einer etwaigen Auflage davon aus.

19) ProVGE 86, 258/262. Offenbar bejaht aber das Gericht diese Konsequenz nur dann, wenn sich auch der Drittherechtigte dieser Anordnung fügt.

20) BayVBl. 1969, 265/268

willkürlicher Annahmen. ²¹⁾ Bei Bejahung wie bei Verneinung einer Privatrechtsgestaltung kommt man durch solche Gedankenketten zu völlig entgegengesetzten, zunächst aber schlüssig erscheinenden Ergebnissen. Man beweist jedoch in beiden Fällen nur, daß die Argumentation in sich widerspruchsfrei ist; eine wirkliche Aussage fehlt. Gerade die Annahme, die Privatrechtslage werde (nicht) verändert - man könnte den Kreis ebensogut mit der Behauptung beginnen, der VA sei grundsätzlich (un-)rechtmäßig - steht ja zur Diskussion. Sie kann nicht aus sich selbst heraus, sondern nur aus Umständen, die außerhalb des geschlossenen Kreises der Konsequenzen liegen, erhärtet oder widerlegt werden. Gerade die Widerlegung aber ist schon erfolgt: Nach dem früher Ausgeführten steht fest, daß wegen Art. 20 Abs. 3 GG kein Verstoß gegen private Rechte Dritter verlangt werden darf. Dem nicht Rechnung tragende VAe können zumutbar (da erfolgreich) angefochten werden, die private Rechtslage wird also nicht gestaltet. ²²⁾ Alle Konstruktionen, die irgendwelche Interessenabwägungen zwischen den Beteiligten verlangen, damit notwendig rückschließend auch auf die Rechtmäßigkeit des VA abstellen müssen, sind daher untauglich zur Begründung privatrechtsgestaltender Wirkung.

Dann bleibt im wesentlichen nur noch die nachträgliche rechtliche Unmöglichkeit der vereinbarten Leistung nach §§ 275, 280, 323 ff. BGB zu erörtern. ²³⁾ Hier könnte der Erlaß, die Vollziehbarkeit oder die Bestandskraft des Verwaltungsbefehls zu Erlöschen oder Umwandlung der privaten Verpflichtung führen. Ist nun das private Recht des Dritten hinfällig, ²⁴⁾ weil die Leistung rechtlich unmöglich wird, oder ist es - aus genau demselben Grund - die behördliche Anordnung? Eines schließt das andere aus: Erfüllung der zivilrechtlichen Verpflichtung und ihr genaues Gegenteil, das Handeln bzw.

21) Man könnte etwa argumentieren: Die private Rechtslage wird (nicht) verändert, der VA verlangt deshalb etwas (nicht) zulässiges, er ist also (nicht) rechtmäßig, eine Anfechtung ist somit (nicht) erfolglos, bei Dauerschuldverhältnissen entsteht deshalb (nicht) die Möglichkeit zu sofortiger Kündigung, d.h. die private Rechtslage wird (nicht) verändert.

22) Im Gegensatz zu vorher liegt hier kein Zirkelschluß vor: Die Annahme der Rechtswidrigkeit des VA ist auf von der Gedankenkette unabhängige Erwägungen gestützt.

23) Vgl. schon 2.4

24) Z.B. Befreiung von der Leistung oder Eintritt einer Schadensersatzpflicht in beiden Fällen könnte es dem Verwaltungsgebot nicht mehr entgehen.

Unterlassen, zu dem die Behörde auffordert, können nicht beide rechtlich möglich oder beide rechtlich unmöglich sein. Auch hier läßt sich auf bereits gewonnene Erkenntnisse zurückgreifen: Wegen Art. 20 Abs. 3 GG hat die Behörde die privaten Rechtsbeziehungen grundsätzlich zu beachten, es verdient im Regelfall das private Recht den Vorrang. Unmöglich wird daher nicht die zivilrechtliche Leistung, sondern unmöglich ist das durch die Behörde geforderte Verhalten. Die Leistung kann in Wahrheit noch erbracht werden, da der sie verbietende VA rechtswidrig ist. Selbst wenn er unanfechtbar wird, ändert sich daran nichts, da Verwaltungszwang gegen den Verpflichteten nicht ausgeübt werden darf.²⁵⁾ So bleibt etwa der Vermieter trotz Beseitigungsanordnung zur weiteren Gebrauchsüberlassung tatsächlich und rechtlich in der Lage.

4. Ausnahmen: Besondere Duldungspflichten

Freilich gilt auch diese Regel nicht ganz ohne Einschränkungen; sofortige Privatrechtsgestaltung kann in bestimmten Fällen doch in Betracht kommen. Nicht hierher gehört allerdings die Möglichkeit einer ergänzenden Anordnung gegen den Drittberechtigten selbst - etwa einer Duldungsanordnung: Hier geht die Privatrechtsgestaltung erst von diesem zweiten VA aus; dieser ist überhaupt nur erforderlich, wenn und weil man dem eigentlichen Akt gegen den Adressaten gerade keine Einwirkung auf die zivilrechtlichen Beziehungen zuerkennt.

4.1 Duldungspflicht kraft Verwaltungsakts bei spezieller Vorschrift

Der Gesetzgeber ist jedoch darüber hinaus auch in der Lage, der Behörde eine besondere Ermächtigung zur unmittelbaren Privatrechtsgestaltung (Ausschaltung der Drittrechte) bereits durch den ersten und damit einzigen VA einzuräumen. Dies geschieht durch ausdrückliche Auferlegung einer Duldungspflicht für privat berechnigte Dritte. Die Duldungspflicht tritt hier mit Erlaß des jeweiligen Verwaltungsbefehls ein, ohne daß dem Dritten gegenüber zusätzliche Maßnahmen nötig wären. Der Vergleich mit dem Genehmigungsverfahren ist auch hier nützlich: Eine Erlaubnis kann von der Verwaltungsbehörde "unbeschadet der Rechte Dritter" - insbesondere der privaten

25) Vgl. § 2 Abschnitt 3.2

Rechte - erteilt werden; es kann sich aber aus dem Genehmigungsakt auch eine unmittelbare privatrechtliche Duldungspflicht ergeben. ²⁶⁾ Der Gesetzgeber hat es in der Hand, den "Typ" der Gestattung festzulegen, damit auch die mögliche Tragweite der behördlichen Entscheidung. Nun macht es aber dabei keinen grundsätzlichen Unterschied, ob dem eigentlichen Adressaten etwas gestattet, er also begünstigt wird, oder ob ihm etwas geboten, er also belastet wird. In beiden Fällen kann kraft Gesetzes angeordnet werden, daß ein derartiger VA zugleich eine Duldungspflicht des Dritten begründet, also dessen entgegenstehendes Recht beseitigt oder, soweit notwendig, einschränkt. Die Ermächtigung der Behörde zum Erlass des gestattenden bzw. gebietenden VA umfaßt hier auch die zur gleichzeitigen und unmittelbaren Beseitigung privater Rechte Dritter, soweit sie dem gestatteten bzw. gebotenen Handeln des Adressaten entgegenstehen.

Freilich ist eine solche Sonderbestimmung, eine etwa § 26 GewO oder § 11 Abs. 1 WHG entsprechende Vorschrift, bei Gebots- und Verbotsverfahren nicht eben häufig im Gesetz zu finden. Am wichtigsten dürften wohl die einschlägigen Bestimmungen in §§ 11 Satz 2, 12 Satz 1, 13 Abs. 5 des Bundesleistungsgesetzes (BLG) sein. Ihre entsprechende Anwendung ist z. T. für den Bereich des Katastrophenschutzes durch landesrechtliche Vorschriften vorgesehen. Hier unterzog sich der Gesetzgeber der Mühe, Duldungspflichten Dritter einzuführen und nach Voraussetzungen, Inhalt und Folgen näher zu regeln. Es erscheint angebracht, auf diese Normen wenigstens mit Beispielen kurz einzugehen:

(a) Der Mieter oder Pächter einer beweglichen Sache ist Inhaber der tatsächlichen Gewalt, damit für eine Leistungsanforderung zur Gebrauchsüberlassung (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 BLG) der "Leistungspflichtige" (§ 9 Abs. 1 Nr. 1 BLG). Wird diesem Mieter oder Pächter durch Leistungsbescheid Überlassung des Gebrauchs an andere geboten, so hat dies der Eigentümer hinzunehmen. Er verliert sogar den Anspruch auf Miet- bzw. Pachtzins (§ 11 Satz 2 BLG), kann freilich Entschädigung von der Behörde gemäß §§ 20 Abs. 1, 23 Nr. 1, letzter Halbsatz BLG verlangen.

26) Bauerlaubnis einerseits (Art. 91 Abs. 7 BayBO), gewerberechtliche Anlagengenehmigung andererseits (§ 26 GewO/jetzt § 14 BImSchG).

(b) Übt ein Miteigentümer, Miterbe, Mitgesellschafter etc. dauernd oder auch nur zeitweilig (z. B. Urlaubsabwesenheit der anderen) die tatsächliche Herrschaft über eine gemeinschaftliche Sache aus, so kommt als "Leistungspflichtiger" nach §§ 2 Abs. 1 Nr. 1, 9 Abs. 1 Nr. 1 BLG wieder nur er in Betracht. Kehren die Genossen zurück, so dürfen sie ihre an sich vorhandenen Mitbenutzungsrechte ebenfalls nicht ausüben (§ 12 Satz 1 BLG). Aus der Entschädigung steht ihnen als Mit-"Eigentümern" nach § 23 Abs. 1 Nr. 1 BLG allerdings der entsprechende Anteil zu.

(c) Eine Leistungsanforderung beweglicher Sachen zu Eigentum (§ 2 Abs. 1 Nr. 2 BLG) hat sich gegen den Eigentümer als Leistungspflichtigen zu richten (§ 9 Abs. 1 Nr. 2 BLG) - mit Herausgabe der Sache geht das Eigentum über. Ein Pfandgläubiger, Nießbraucher, Mieter oder Pächter ist nicht nur als unmittelbarer Besitzer gemäß § 13 Abs. 1 Satz 2 BLG ebenfalls zur Herausgabe verpflichtet, sondern mit Eigentumsübergang erlöschen auch alle seine dinglichen Rechte (§ 13 Abs. 5 Satz 1, 1. Alternative BLG: "Rechte an der Sache") oder schuldrechtlichen Ansprüche (§ 13 Abs. 5 Satz 1, 2. Alternative BLG: "persönliche Rechte, die zu Besitz oder Nutzung berechtigen"). Allerdings tritt Surrogation in bezug auf den Entschädigungsanspruch des Eigentümers gegen die Behörde ein (§ 23 Abs. 4 BLG i.V.m. § 52 EGBGB).

In all diesen Fällen ist Leistungspflichtiger nur einer der Beteiligten. Nur gegen ihn ergeht ein Leistungsbescheid, nicht auch gegen die anderen. Dennoch haben diese Duldungspflichten, können sie ihre vorher vorhandenen Rechte nicht mehr ausüben, werden ihre Rechtsbeziehungen zum Adressaten, dem "Leistungspflichtigen", bereits durch den Leistungsbescheid umgestaltet.

Es fällt auf, daß sich diese Sonderregelungen, soweit bekannt, auf das Gebiet des "Notstandes" oder zumindest eng verwandte Rechtsgebiete beziehen. Die Ermächtigungen betreffen Situationen, in denen umgehendes wirksames Handeln geboten ist, in denen z. B. zeitraubende Ermittlungen über etwaige private Drittrechte oder Drittberechtigte den Erfolg des Handelns zumindest ernstlich gefährden würden. Der Gesetzgeber dürfte mit dieser Zurückhaltung nicht nur rechtspolitisch, sondern auch verfassungsrechtlich weise gehandelt haben: Es erscheint doch etwas fraglich, ob - auch bei Entschädigung -

die Auferlegung einer Duldungspflicht für Dritte, ohne daß diese durch besonderen VA überhaupt selbst unmittelbar angesprochen werden müßten, unbeschränkt und in allen Fällen rechtlich zulässig wäre. Ginge der Gesetzgeber hier über die Erfassung von Eilfällen wesentlich hinaus, so entstünden Bedenken aus dem Rechtsstaatsprinzip und dem Gebot, den Wesensgehalt privater Rechte zu achten (Art. 19 Abs. 2 i.V.m. Art. 14 GG). Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bindet auch den Gesetzgeber: Wo im Normalfall zusätzliches Vorgehen gegen den Dritten ohne weiteres möglich und ausreichend ist, wird man gegen automatische Auferlegung einer Duldungspflicht zumindest gewisse Vorbehalte haben müssen. Es hat dann wohl für Gesetzgeber wie für Behörde dabei zu bleiben, daß die Ausschaltung von Rechten eines Dritten nur durch zusätzlichen VA ihm gegenüber erfolgen kann.

4.2 Duldungspflicht unmittelbar kraft Gesetzes

Nun zeigt sich aber, daß in einigen Fällen dieser Weg nicht gangbar ist. Die Untersagung eines Gewerbes etwa oder der Entzug einer Gewerbeerlaubnis enthalten notwendig das Verbot, laufende vertragliche Pflichten Dritten gegenüber zu erfüllen. Andererseits ist das Einschreiten gegen alle Vertragspartner des Geschäftsmannes durch Duldungsanordnungen praktisch undurchführbar: Weder sind jene der Behörde sämtlich bekannt, noch könnte bei Untersagung größerer Unternehmen die Maßnahme rein technisch vollzogen werden. Ähnlich ist es beim kurzfristigen Verbot einer Theateraufführung oder einem Warenvertriebsverbot aus lebensmittelrechtlichen Gründen. Auch hier sind zwangsläufig die zivilrechtlichen Ansprüche Dritter (Inhaber von Theaterkarten, Kunden etc.) gegen den eigentlichen Adressaten der Anordnung beeinträchtigt. In keinem dieser Fälle hat allerdings das Gesetz eine besondere Duldungspflicht ausdrücklich vorgeschrieben. Man müßte daher annehmen, alle derartigen Vae seien wegen Art. 20 Abs. 3 GG rechtswidrig und anfechtbar. Damit aber wären diese Ermächtigungsnormen praktisch wertlos. So allgemein nun Rechtsprechung und Lehre den Grundsatz anerkennen, nichts privatrechtlich unzulässiges dürfe gefordert werden, so wenig haben sie ihn hier jemals angewendet. Eine dogmatische Rechtfertigung für diese - nur scheinbare - Inkonsequenz ist freilich erst zu suchen:

Alle genannten Beispiele haben eine gemeinsame Besonderheit, die sie etwa von der Abbruchverfügung nach Baurecht erheblich unterscheidet und die trotz scheinbar gleicher Rechtslage eine verschiedene Behandlung rechtfertigt. Bei der Abbruchverfügung ²⁷⁾ sind entgegenstehende private Rechte Dritter die Ausnahme; bei der Gewerbeuntersagung oder dem Verbot einer Theateraufführung sind sie dagegen die Regel: Sie sind quasi der "Modellfall" des Gesetzgebers. Das Verbot der weiteren Ausführung privatrechtlicher Verträge ist gerade denkwürdiger Gegenstand eines Berufs- oder Aufführungsverbots, nicht Modalität des Einzelfalles, wie etwa bei einer Saubeseitigung. Anders als dort stünden hier dem Vollzug durch den Adressaten schon aus der Natur des VA heraus Rechte Dritter entgegen; gerade diese Verbindung mit Dritten soll ja in ihrem Entstehen und in ihrem Bestehen gehindert werden. Will man dann aber die Norm z. B. des § 55 GewO nicht als völlig sinnlos betrachten, so muß man unterstellen, daß die Gegenrechte des Dritten hier ausnahmsweise nicht durchgreifen. Zwei mögliche Lösungswege ²⁸⁾ für dieses Dilemma bieten sich an:

- (a) Der VA ist hier trotz Fehlens besonderer Festlegung ausnahmsweise privatrechtsgestaltend oder
- (b) bereits das Gesetz schränkt die Gegenrechte Dritter ein.

Der erste Weg erweist sich schnell als Sackgasse. Die unlösbaren praktischen Schwierigkeiten, wie sie sich aus der unüberschaubaren Anzahl der "Dritten" (Geschäftspartner, Theaterbesucher) ergeben, würden hier nur aus dem materiellen ins Prozedere verlagert, nicht jedoch beseitigt. Zwar wäre der VA, da privatrechtsgestaltend, grundsätzlich rechtmäßig, er würde aber infolge dieser Gestaltung unmittelbar auch in Rechte der Dritten eingreifen. Diese wären klagebefugt, ²⁹⁾ müßten als Betroffene vorher angehört werden; der VA wäre auch ihnen zuzustellen, bei Klage des eigentlichen Adressaten müßten sie (von Amts wegen!) notwendig beigelegt werden.

27) Ebenso übrigens auch bei der Anforderung nach dem StG. Daher ist es auch sinnvoll und notwendig, daß dort eine Duldungspflicht ausdrücklich statuiert ist.

28) Beide dogmatische Konstruktionen werden in einem ähnlichen Fall auch von Fellner, DVBl. 1954, 692, genannt.

29) Martens, VerwArch. 1969, 197/205, weist mit Recht darauf hin, daß niemand daran denke, dem Geschäftspartner des von der Gewerbeuntersagung Betroffenen die "Befugnis zu einer rechtlichen Intervention" zuzusprechen.

Damit wäre nichts gewonnen, auch hier ergäben sich unlösbare Widersprüche, die einschlägigen Normen wären nunmehr aus prozeßrechtlichen Gründen widersinnig.

Übrig bleibt die Alternative: Bereits das Gesetz selbst bestimmte mit der Möglichkeit des Verbotsaktes inzident zugleich eine Duldungspflicht Dritter. Geschah dies auch nicht expressis verbis, so ist es doch zwingend dem Zusammenhang zu entnehmen; bei anderer Auffassung wäre die Eingriffsbefugnis praktisch wertlos. Schon § 35 GewO z. B. schränkt durch sein bloßes Bestehen private "geschäftliche" Rechte gegenüber Gewerbetreibenden ein, stellt sie unter den dauernden Vorbehalt von deren Berufszulassung. Durch einen untersagenden VA wird diese immanente Einschränkung lediglich konkreter wiederholt. Das private Rechtsverhältnis steht hier nicht entgegen; es ist schon durch das Vorhandensein der Untersagungsbefugnis teilweise suspendiert. Wird wirklich untersagt, so ist damit nicht das private Rechtsverhältnis umgestaltet, es wirken sich jetzt lediglich die schon vorher kraft Gesetzes bestehenden Einschränkungen spürbar aus.

Die Bestimmung, wann dieser Ausnahmefall vorliegt, wann dagegen die allgemeine Regel gilt, kann im Einzelfall schwierig sein, sie ist aber nicht unlösbar. Ziel der Auslegung muß es stets bleiben, den Grundsatz der Beachtlichkeit privater Gegenrechte zu erhalten. Eine unmittelbare Privatrechtsgestaltung kann und darf nur dann angenommen werden, wenn die Ermächtigungsnorm sonst praktisch sinnlos würde. Hierzu ist der dieser Norm zugrundeliegende abstrakte "Regelfall" zu bestimmen und zu prüfen, ob in ihm schon nach Art der Norm und der geregelten Rechtsverhältnisse generell private Rechte Dritter entgegenstehen. So werden etwa bei einer Berufsuntersagung nur ausnahmsweise keine privaten Rechte Dritter vorhanden sein (etwa weil zufällig keine Verträge laufen). Ebenso ist es beim Verbot einer Theateraufführung. Bei der Baubeseitigung dagegen bleibt es durchaus Tatfrage, ob die bauliche Anlage gerade vermietet ist; dies ist nur eine von mehreren Möglichkeiten, sie ist ein "Sonderfall". Auf der Grenze liegen die Ausweisung eines (arbeitsvertraglich gebundenen) Ausländers oder die Zuweisung eines Mieters nach der früheren Wohnraumbewirtschaftung gegenüber dem "Inhaber der tatsächlichen Verfügungsmacht", der wiederum selbst

Mieter sein konnte. Hier wird man wohl eine gesetzliche Privatrechtsgestaltung verneinen: Ausweisung bzw. Zuweisung sind ohne besondere Schwierigkeiten mit flankierenden Duldungsanordnungen gegen den Dritten, den Arbeitgeber bzw. Eigentümer, durchzusetzen; die Eingriffsnormen bleiben sinnvoll.

4.3 Duldungspflicht kraft zivilrechtlicher Sondervereinbarung

Eine weitere Gruppe von Sonderfällen soll schließlich nicht vergessen werden, zumal diese in der Praxis gar nicht so selten sein dürften: Vertragsparteien können das Verwaltungsgebot schon bei Vertragsschluß vorausgesehen und hierfür die Geltung der privaten Rechte, etwa durch Vereinbarung einer auflösenden Bedingung, eingeschränkt haben. Es wurde eine Garage vermietet, "solange die Behörde nicht einschreitet", ein Hausgrundstück mit einem dinglichen Wohnrecht belastet, das erlöschen soll, "sobald die Polizei Abbruch des Hauses verlangt". Soweit eine entsprechende Vereinbarung reicht, ist das "entgegenstehende" Drittrecht schon durch die vertragliche Regelung eingeschränkt. Es soll seine Kraft verlieren, sobald ein spezifischer VA ergeht, es kann dessen Erlaß daher nicht hindern. Mit Wirksamwerden der behördlichen Anordnung entfällt damit schon nach Zivilrecht eine Befugnis des Dritten, der VA verlangt nichts unzulässiges. Selbst bei Fehlen eines ausdrücklichen Vorbehalts kann übrigens die Vertragsauslegung zum gleichen Ergebnis führen, wenn nur eindeutig ersichtlich ist, daß beide Parteien von der Möglichkeit der behördlichen Anordnung ausgingen und für diesen Fall das Recht beschränkt wissen wollten. Um den entwickelten Grundsatz vom Vorrang des öffentlichen Rechts nicht praktisch völlig auszuhöhlen, wird man aber die Feststellung eines sog. "hypothetischen Willens" ³⁰⁾ dafür nicht als ausreichend ansehen dürfen. Zu verlangen ist, daß die Parteien den zivilrechtlichen Anspruch eingeschränkt h a b e n , nicht nur h ä t t e n . Rechneten nicht alle Beteiligten schon bei Vertragsschluß tatsächlich mit der behördlichen Anordnung, so ergäbe eine fiktive Zugrundelegung des bei voller Kenntnis Gewollten sehr häufig die Vertragsauflösung. Man würde über die Hintertüre einen grundsätzlichen und unbedingten Vorrang des öffentlichen Rechts einführen und damit Art. 20 Abs. 3 GG umgehen.

30) Vgl. zu dieser "ergänzenden Auslegung", die vor allem im Erbrecht von besonderer Bedeutung ist: Palandt, Anm. 4 b zu § 2084 BGB.

2. Abschnitt: Die ordnungsgemäße Ausschaltung der privaten Drittrechte

A) Die Mittel der Ausschaltung

§ 6 Die Zustimmung des Dritten

1. Rechtsnatur

- 1.1 Grundsätzliches zu Rechtsfolgen der Zustimmung
- 1.2 Die privatrechtliche Natur der Zustimmung und ihre Konsequenzen

2. Die nur "wahrscheinliche" oder "vermutete" Zustimmung

- 2.1 Das praktische Problem
- 2.2 Lösungsversuche in der Rechtsprechung
- 2.3 Kritik und eigene Auffassung

./.

1. Rechtsnatur

1.1 Grundsätzliches zu Rechtsfolgen der Zustimmung

Auf Bestand oder aktuelle Ausübung seiner Gegenrechte kann der Dritte verzichten. Soweit er sich hierzu bereitfindet, entfallen die privatrechtlichen Hindernisse, verlangt der VA vom Adressaten nichts unzulässiges. Diese - ausschließlich nach Zivilrecht zu beurteilende - "Zustimmung" des Dritten tritt in vielfältigen Erscheinungsformen auf, je nach Art des entgegenstehenden Rechtes und nach sonstigen Umständen. So ist etwa bei gemeinschafts-internen Beschränkungen ein Verwaltungsbeschluß der Mitglieder oder die gemeinsame Ermächtigung an eines von ihnen denkbar, die geforderte Handlung vorzunehmen. Bei Eingriffen in dingliche Rechte kommen u.a. Einwilligung oder Genehmigung nach §§ 182 ff. BGB, Verzicht auf das dingliche Recht oder auf seine Ausübung im Einzelfall in Frage. Bei schuldrechtlichen Verpflichtungen kann Abänderungs- oder Erlaßvertrag (§§ 305, 397 BGB), eventuell verbunden mit einer Gesamtregelung der Abwicklung, bei Dauerschuldverhältnissen kann einverständliche Auflösung oder eigene Kündigung durch den Dritten erfolgen. Entscheidend ist allein, daß das entgegenstehende private Recht allgemein oder für den speziellen Fall beseitigt oder im erforderlichen Maße eingeschränkt wird. Dann wird nichts unzulässiges mehr verlangt, der VA ist rechtmäßig.

Diese "Zustimmung" im weitesten Sinne ist für alle Arten entgegenstehender Drittrechte und hierin eingreifender Verwaltungsbefehle möglich. Die Unterscheidung zwischen zustimmungspflichtigen und "privatrechtlich schlechthin unzulässigen" Handlungen, so wie sie Forsthoff ¹⁾ verstanden wissen will, entbehrt einer Grundlage. Eine wegen entgegenstehenden Privatrechts schlechthin unzulässige Handlung gibt es nicht. Die Zustimmung, die einfach den Verzicht des Dritten auf seine Rechte oder ihre Ausübung im Einzelfall darstellt, die einen Rechtfertigungsgrund für den Adressaten schafft, ist für jede Form privatrechtlicher Befugnisse möglich, egal ob diese auf obligatorischen, dinglichen und sonstigen absoluten Rechten oder auf Verfügungsbeschränkungen

1) Verwaltungsrecht I, S. 228

beruhen. So ist auch das von Forsthoff gewählte Beispiel nicht zutreffend: Der Mieter kann sehr wohl sofortiger Räumung des Hauses zustimmen, wird sie vom Eigentümer gefordert. Er braucht lediglich den Vertrag einverständlich zu lösen oder selbst zu kündigen. Ganz oder teilweise unverzichtbare Rechtsgüter wie Leben, Gesundheit etc. stehen in Fällen der hier vorliegenden Art nicht zur Debatte. Es handelt sich - wohl ausschließlich - um vermögensrechtliche Befugnisse, deren sich der Dritte entäußern oder deren Ausübung er sich enthalten kann.

1.2 Die privatrechtliche Natur der Zustimmung und ihre Konsequenzen

Diese Zustimmungserklärungen des Dritten sind stets rein privatrechtlich; das selbst, wenn man öffentlichrechtliche Verträge auch zwischen Privatpersonen für möglich und grundsätzlich zulässig erachtet. Die Vereinbarung betrifft ausschließlich zivilrechtliche Verhältnisse. Das öffentliche Recht wird nur indirekt dadurch berührt, daß infolge der privatrechtlichen Einigung die dem VA entgegenstehende rechtliche Unmöglichkeit entfällt. Der VA ist damit allenfalls Anlaß der Vereinbarung, nicht aber ist eine öffentlichrechtliche Beziehung Regelungsgegenstand. Hieraus ergeben sich einige wichtige Folgerungen:

Der Empfänger der Erklärung bestimmt sich allein nach BGB. Die Zustimmung scheint daher, ist sie doch in aller Regel eine empfangsbedürftige Willenserklärung, einen Zugang an den zivilrechtlich Berechtigten, den Adressaten des VA, vorauszusetzen (§ 130 BGB).²⁾ Zusätzlich müßte in vielen Fällen auch der Berechtigte selbst eine Willenserklärung abgeben, so etwa beim Erlaßvertrag nach § 397 BGB. Damit würde eine Erklärung des Dritten der Behörde gegenüber, oft überhaupt eine einseitige Erklärung, nicht genügen. Der Adressat des VA könnte die Annahme einer fremden oder die Abgabe einer eigenen Erklärung verweigern und damit unter Umständen die Zustimmung des Dritten samt ihren öffentlichrechtlichen Folgen zunichte machen. Dabei ist jedoch folgendes zu bedenken: Erklärt sich der Dritte der Behörde gegenüber mit der geplanten Maßnahme einverstanden, so liegt darin stets eine rechtfertigende Einwilligung in das sonst rechtswidrige Verhalten des Dritten. Für diese auf einen tatsächlichen

2) Häufig, doch nicht immer mag sich hier gemäß § 151 BGB ein Zugang erübrigen.

Erfolg gerichtete "geschäftsähnliche Handlung" ³⁾ ist eine Erklärung gerade gegenüber dem, der in die "verzichteten" Rechte eingreift, ebensowenig erforderlich wie dessen Annahmeerklärung. Allein diese Rechtfertigungswirkung, dieses Machtzuwachs des Adressaten, interessiert aber hier. Dies allein genügt für Rechtmäßigkeit des VA. Dies steckt auch in jeder Zustimmung, ganz gleich, welche juristische Form im Einzelfall vom Dritten gewählt werden konnte und wurde und wem gegenüber er die Erklärung abgab.

Auch die Frage, wann und unter welchen Voraussetzungen der Dritte an seine Zustimmung gebunden ist, beantwortet sich allein nach Privatrecht. Im Grundsatz ist eine - vertragliche oder einseitige - Erklärung dieser Art unwiderruflich, ⁴⁾ freilich kann im Einzelfall Anfechtung nach §§ 119, 123 BGB oder Rücktritt durchaus in Betracht kommen. Deren bloße Möglichkeit beeinträchtigt aber nicht die Verbindlichkeit. Allerdings setzt die "Heilung" des ergangenen VA solche Verbindlichkeit auch grundsätzlich voraus. Nur dann handelt der Adressat nicht rechtswidrig, verlangt die Behörde nichts rechtlich unzulässiges, wenn der Dritte vorbehaltlos zustimmt. Gibt er seine Erklärung nur unter Bedingungen oder frei widerruflich ab, so kann sie unter Umständen wieder rückwirkend entfallen. Dadurch würde die Rechtmäßigkeit des VA wieder verloren gehen. Schon deswegen wird die Behörde darauf achten, daß möglichst eindeutige und endgültige Verhältnisse geschaffen werden. Auch bei nur geringfügigen Bedenken wird sie besser auf andere Weise vorzugehen versuchen.

Ähnliches gilt für die Form der Zustimmungserklärung. Freilich sind an sie nicht aus Rechtsgründen bestimmte Anforderungen zu stellen. Die notwendige Form bestimmt sich nach dem speziellen bürgerlichen Recht. Demnach genügt praktisch ausnahmslos eine Zustimmung durch konkludentes Verhalten, ⁵⁾ dem die rechtfertigende Einwilligung eindeutig entnommen werden kann. Allenfalls bei einem notwendigen Verzicht auf dingliche Rechte an Grundstücken u.ä. könnte sich in Sonderfällen anderes ergeben; auch hier ist aber in der Regel ein formloser "Ausübungsverzicht" für den Einzelfall möglich und ausreichend. Wenn auch die Behörde aus praktischen Gründen formlose

3) Vgl. dazu etwa Palandt, Überbl. 1 d) vor § 104 BGB.

4) Vgl. für die Zustimmung im engeren Sinne: Palandt, Anm. 4 vor § 182, 1 zu § 184 BGB; für Willenserklärungen allgemein: Palandt, Anm. 3 zu § 130 BGB.

5) Vgl. allgemein Palandt, Einführung 1 vor § 116 und Anm. 2 zu § 182 BGB.

- schwer beweisbare - Erklärungen häufig nicht genügen lassen wird, so ist die Einhaltung einer Form doch nicht Voraussetzung für die Rechtmäßigkeit des VA. Damit wird allerdings nicht die Meinung geteilt, es genüge die "Wahrscheinlichkeit" der Zustimmung oder die "vermutete Bereitwilligkeit" des Dritten. Erforderlich nach der hier vertretenen Auffassung ist vielmehr eine aktuelle, eine wirklich erteilte Zustimmung.

2. Die nur "wahrscheinliche" oder "vermutete" Zustimmung

2.1 Das praktische Problem

Freilich entstehen große praktische Schwierigkeiten, wenn sich die Behörde über das tatsächliche Vorliegen dieser Zustimmung in jedem Fall besonders vergewissern muß. Einmal ist sie meist überhaupt nicht in der Lage, vorhandene private Gegenrechte Dritter zu erkennen, solange niemand in dieser Richtung etwas vorbringt. ⁶⁾ Mag das Bestehen eines Miteigentumsverhältnisses noch eher ersichtlich sein, so kann die Behörde z. B. einen langfristig unkündbaren Mietvertrag ohne ausdrücklichen Hinweis kaum wahrnehmen. Dennoch wäre der ergehende VA als rechtswidrig anzusehen, obgleich es der Adressat in der Hand gehabt hätte, die Behörde aufzuklären. Zum zweiten wird in der Praxis der "berechtigte" Dritte gar nicht so selten bereit sein, die Herstellung eines ordnungsgemäßen Zustandes zu dulden, oft ist er daran selbst erheblich interessiert. ⁷⁾ Hier erscheint es vom Ergebnis her gesehen zunächst wenig verständlich, wenn der VA rechtswidrig sein soll, obwohl der Dritte bestimmt keinen Widerstand leisten wird und obwohl die Behörde gar nicht in der Lage ist, seine Gegenrechte zu erkennen und ihn zum ausdrücklichen Verzicht anzuhalten. Es wäre zweifellos ein unnötiger Verwaltungsaufwand, müßte hier in jedem Fall, nur weil eine Zustimmung bisher tatsächlich nicht erteilt worden ist, mit Duldungsanordnungen etc. eingeschritten werden. ⁸⁾

6) Hierauf weist auch Erbel, Unmöglichkeit, S. 59, besonders hin.

7) So kann z. B. der Mieter den vom Eigentümer geforderten Umbau des Hauses durchaus begrüßen. Sogar an einem Abbruch kann er interessiert sein, um z. B. vom Mietvertrag loszukommen.

8) So VGH Stuttgart, VerwRSpr. 9, S. 978.

2.2 Lösungsversuche in der Rechtsprechung

Die Rechtsprechung ⁹⁾ hat dieses Problem seit langem erkannt und hat stets versucht, zu vernünftigen Ergebnissen zu gelangen. Hierzu wurde der Weg einer materiellrechtlichen Einschränkung des Grundsatzes eingeschlagen, vom Adressaten dürfe nur verlangt werden, wozu er zivilrechtlich befugt sei. Die Konstruktionen in der Rechtsprechung, die nur in Wortwahl und Akzentuierung differieren, sollen hier kurz dargestellt werden. Sie gehen alle im wesentlichen davon ab, das aktuelle Vorliegen der "Zustimmung" des Dritten - auch nur in konkludenter Form - zu fordern. Stattdessen sollen "vernünftige Erwartungen" und Wahrscheinlichkeitserwägungen maßgebend und ausreichend sein:

Schon eine Entscheidung des ProVG aus dem Jahre 1892 ¹⁰⁾ sieht eine Maßnahme als zulässig an, wenn sie nicht tatsächlich auf Widerstand des Dritten gestoßen ist, auch ein solcher Widerstand nach Lage der Verhältnisse von vornherein nicht zu erwarten war. Präzisiert wird dies durch eine spätere grundlegende Entscheidung: ¹¹⁾ Für die Rechtmäßigkeit der Maßnahme genüge es, wenn der Dritte zu einer Genehmigung bereit sei. Um diese Bereitschaft "anzunehmen", bedürfe es nicht notwendig einer ausdrücklichen verpflichtenden Erklärung des Dritten, sondern sie könne auch aus seinem bisherigen Verhalten geschlossen werden. Die bloße Möglichkeit der Verweigerung der Zustimmung oder die tatsächliche Verweigerung nach Erlaß des VA mache diesen dagegen nicht rechtswidrig; solche neuen Umstände könnten nur im Vollstreckungsverfahren geltend gemacht werden. Weitergehend stellt das Gericht an anderer Stelle auf die "Wahrscheinlichkeit der Einwilligung" ¹²⁾ des Dritten ab. Könne mit ihr gerechnet werden, was die Behörde zu prüfen habe, so genüge dies für die Rechtmäßigkeit des VA. Nicht aber reiche die bloße Möglichkeit der Einwilligung aus, da sonst der

9) Vor allem die des Preußischen OVG; vgl. etwa ProVGE 24, 194; 38, 179; 72, 277; 87, 456; 105, 233. Dem folgt die Lehre in der Regel ohne nähere Erörterung; vgl. etwa Drews-Wacke, Polizeirecht, S. 285; R. Nebinger, Verwaltungsrecht, S. 211 unter e); Forsthoff, Verwaltungsrecht I, S. 228.

10) ProVGE 24, 194/199

11) ProVGE 38, 179/180; übereinstimmend ProVGE/229/231 ¹⁰⁵

12) ProVGE 87, 456/458; ebenso ProVGE 104, 203/205. Dabei wird der Begriff der "Einwilligung" ganz umfassend verstanden.

Adressat in eine unlösbare Zwangslage geraten könne. Eine weitere Entscheidung ¹³⁾ sieht als ausschlaggebend an, ob die Unausführbarkeit der geforderten Maßnahme von vornherein feststehe. Sei dies der Fall, so sei der VA ungeeignet, daher fehlerhaft. Eine wichtige Ergänzung bringt schließlich ein Urteil noch aus dem Jahre 1940: ¹⁴⁾ Danach ist - außer bei Vorliegen besonderer Umstände - bei stillschweigendem Verhalten des Dritten zu vermuten, daß er dem polizeilichen Verlangen auf Herstellung ordnungsgemäßer Zustände zustimmt. In der Sache übereinstimmend, wenn auch mit wechselnden Formulierungen, setzen später auch die Oberverwaltungsgerichte der Länder diese Rechtsprechung fort. ¹⁵⁾

All diesen verschiedenen Spielarten ist folgende Auffassung gemeinsam: Der VA sei bereits rechtens bei einer gewissen Wahrscheinlichkeit dafür, daß sich der Dritte fügen werde oder die Zustimmung erteilen wolle. Nicht seine tatsächliche, schon erfolgte Zustimmung müsse festgestellt werden, sondern es genüge die "zu erwartende" Zustimmung. Die Frage, wann sie "zu erwarten" sei, bestimmt sich dann nach Wahrscheinlichkeitserwägungen, vorherigem Verhalten des Dritten und einer grundsätzlichen Vermutung, jeder Bürger wolle Herstellung polizeigemäßer Zustände, auch wenn dies teilweise zu seinen Lasten gehe. Es muß nochmals darauf hingewiesen werden, daß dies etwas völlig anderes ist, als wenn man sich mit Erteilung der Zustimmung durch konkludentes Verhalten begnügt. Genügt hier die mögliche, so ist dort die tatsächliche Zustimmung nötig. Verzichtet man dort auf Form, so verzichtet man hier auf Erteilung der Zustimmung überhaupt.

13) ProVGE 95, 121

14) ProVGE 105, 152/155

15) OVG Hamburg, DVBl. 1957, 867/870: "Wenn nach Lage der Verhältnisse anzunehmen ist, daß der Mieter ... nicht freiwillig folgen wird"; VerwRSpr. 18, Nr. 143: "solange weder dargetan noch ersichtlich ist"; VerwRSpr. 5, 841/843: "nach den Erfahrungen des täglichen Lebens nicht mit hinreichender Sicherheit gerechnet werden kann"; OVG Münster, DÖV 1962, 617/618: "Solange es nicht feststeht, ob die notwendige ... Einwilligung erteilt wird"; VGH Stuttgart, VerwRSpr. 9, 978: "... hält die Behörde nach Lage des Falles, etwa wenn sie Widerstand der Mieter ... erwarten muß, ... für erforderlich."

2.3 Kritik und eigene Auffassung

Die von der Rechtsprechung angebotene Lösung erscheint zunächst bestechend. Eine von ihr abweichende Meinung würde auf den ersten Blick äußerst unpraktikable, ja vom Ergebnis her nahezu untragbare Folgen zeitigen. Fraglich aber bleibt, ob hier der richtige Weg beschritten ist, ob nicht auf andere Art und Weise praktischen wie dogmatischen Bedürfnissen noch besser genügt werden kann.

2.3.1 Bei der Lösung des Problems müssen in jedem Fall mehrere Fragen scharf und sauber auseinandergehalten werden:

- (1) Bei Vorliegen welchen Sachverhalts ist der VA materiell rechtmäßig?
- (2) Inwieweit hat die Behörde Anlaß und Pflicht, über Bestehen, Umfang von privaten Drittrechten und über Verzicht auf sie Ermittlungen anzustellen?
- (3) Wie wirkt sich eine spätere Änderung der Sachlage (etwa nunmehr erteilte, endgültig verweigernde oder widerrufenen Zustimmung des Dritten) aus?

Diese drei Probleme dürfen nicht, wie es häufig geschieht, miteinander in unentwirrbaren Zusammenhang gebracht werden. Es liegen drei völlig unterschiedliche Rechtsfragen vor, die auch gesondert betrachtet werden sollen.

Frage (3) führt in den Problembereich des maßgeblichen Beurteilungszeitpunktes bei Anfechtungsklagen; sie bleibt eingehender Untersuchung an späterer Stelle vorbehalten.

Frage (2) betrifft nicht das materielle Verwaltungsrecht, sondern das Verfahrensrecht, ¹⁶⁾ wird daher erst im 2. Hauptteil dieser Arbeit behandelt. Es soll dort auch gezeigt werden, daß eine dogmatisch wie praktisch befriedigende Lösung durch verfahrensrechtliche Überlegungen gefunden werden kann. Lediglich Frage (1) bleibt also hier zu erörtern. Es ist zu prüfen, unter welchen Voraussetzungen der Verwaltungsbefehl rechtswidrig bzw. rechtmäßig ist. Auch Rechtsprechung und Literatur haben übrigens trotz einiger nach Verfahrensrecht klingender Formulierungen ihre Auffassung,

16) Im Verwaltungsprozeß ergibt sich übrigens ein entsprechendes Problem, inwieweit das Gericht ermitteln muß.

es genüge Wahrscheinlichkeit der Zustimmung etc., stets materiell-rechtlich verstanden. ¹⁷⁾

2.3.2 Was die dogmatische Herleitung betrifft, blieben die Gerichte bisher den Versuch einer konstruktiven Begründung ihrer Auffassung im wesentlichen schuldig. Man begnügte sich meist mit dem Hinweis auf Erfordernisse der Praxis. Lediglich das ProVG und das OVG Münster haben es in etwa unternommen, auch eine rechtlich-konstruktive Grundlage zu schaffen. Beide Begründungen sind aber nicht stichhaltig. Das ProVG ¹⁸⁾ stellt unzutreffend darauf ab, ob die Maßnahme wegen tatsächlicher Unausführbarkeit ungeeignet zur Erreichung des verfolgten Ziels sei. Es wurde jedoch bereits geklärt, daß die fehlende Eignung nicht der maßgebliche und einzige Grund für die Rechtswidrigkeit solcher Verwaltungsakte ist. ¹⁹⁾ Zudem ist zumindest zweifelhaft, ob man hier eine unmittelbare Beziehung zwischen Wahrscheinlichkeit und Eignung überhaupt herstellen kann. Auch ein Verwaltungsbefehl, gegen den der Dritte "wahrscheinlich" nichts einwenden wird, kann ungeeignet sein; Wahrscheinlichkeit ist nicht Sicherheit. Das OVG Münster ²⁰⁾ entschied, als die geforderte Handlung noch eine baurechtliche Genehmigung voraussetzte, vom Polizeipflichtigen könnten auch "vorbereitende Maßnahmen, wie etwa die Einholung einer Baugenehmigung", verlangt werden. Nur, wenn auch diese vorbereitende Maßnahme von vornherein zum Scheitern verurteilt sei, sei der Verwaltungsbefehl fehlerhaft. Dem Gericht ist bezüglich des Befehls zu vorbereitenden Maßnahmen o. w. zuzustimmen. Damit ist allerdings noch nichts gewonnen. Die Behörde verlangt ja zusätzlich den Umbau selbst. Sie verlangt ihn auch nicht etwa nur unter der Bedingung, daß die Baubehörde (oder entsprechend ein privat berechtigter Dritter) zustimmt. Eine solche Bedingung kann auch nicht als stillschweigend angenommen gelten: Meist weiß die Behörde gar nichts vom Dritten; oft ist sie der Auffassung, sie brauche seine Rechte nicht zu berücksichtigen. Man würde ihrem Willen mit solcher Auslegung Gewalt antun. Diese

17) Nicht eindeutig ist Erbel, Unmöglichkeit, S. 59 ff. einerseits, S. 143 ff. andererseits.

18) ProVGE 95, 121

19) Vgl. § 1 Abschnitt 2.2

20) DÖV 1962, 617/618

Versuche, den eingeschlagenen Weg konstruktiv zu rechtfertigen, müssen schon deshalb als gescheitert betrachtet werden. Gegen ihr Ergebnis bestehen zusätzlich folgende rechtliche Bedenken:

Entscheidende Ursache für die Rechtswidrigkeit solcher Verwaltungsbefehle ist nach der hier vertretenen Auffassung Artikel 20 Abs. 3 GG, die Bindung der Behörde auch an Grundsätze des bürgerlichen Rechts. Diese Bindung ist mißachtet, sobald die Behörde etwas befiehlt, dessen Ausführung zivilrechtlich objektiv rechtswidrig ist. Nicht die Vorwerfbarkeit, Pflichtwidrigkeit dieses Verhaltens ist von Bedeutung, sondern das Ergebnis, die Inkongruenz zwischen öffentlichem Gebot und zivilrechtlicher Verpflichtung.²¹⁾ Eine Beseitigung dieser Inkongruenz, eine Einschränkung der Drittrechte setzt aber reale, nicht nur wahrscheinliche Vorgänge voraus, sie erfordert tatsächliche, nicht nur zu vermutende Zustimmung des Dritten.

Das Tatbestandsmerkmal der "Wahrscheinlichkeit"²²⁾ ist nicht eindeutig und nicht exakt genug abgrenzbar, geschweige denn gerichtlich nachprüfbar, als daß es die materielle Rechtslage beeinflussen sollte und könnte. Will man nicht alles ins freie Belieben der Behörde stellen, so muß man zumindest objektive Bestimmbarkeit der Eingriffsvoraussetzungen verlangen, dies auch in deren "negativen" Tatbestandsmerkmalen. Hierfür sind die verwendeten Begriffe jedoch nicht geeignet. Ließe man die subjektive Bestimmung durch die Behörde selbst genügen, so würde das die Einräumung eines Beurteilungsspielraumes bedeuten. Aus dem Rechtsstaatsprinzip und aus Art. 19 Abs. 4 GG²³⁾ ergeben sich für die Zulassung dieses Rechtsinstitutes jedoch sehr enge Grenzen, vor allem dann, wenn es - was hier letzten Endes der Fall ist - Tatbestandsmerkmal einer Ermächtigung zu Eingriffen wird. Ein derartiger Beurteilungsspielraum ist nach ganz herrschender Meinung auf solche Fälle zu beschränken, wo sich nach den Eigenarten der zu treffenden behördlichen Entscheidung der Natur der Sache nach dringend empfiehlt. Es muß sich um eine wertende Entscheidung, eine "unvertretbare"

21) Vgl. § 3 Abschnitt 4.1

22) Auch in den Spielarten der "nach den Umständen anzunehmenden Bereitschaft", des "vernünftigen Anlasses", des "zu erwartenden Widerstands", der "hinreichenden Sicherheit nach den Erfahrungen des täglichen Lebens" usw.

23) Vgl. etwa: Neufelder; BayVBl. 1973, S. 113 ff. und S. 151 ff., insbesondere S. 116.

Erkenntnis, eine nur beschränkt nachvollziehbare Beurteilung handeln. ²⁴⁾ Das alles aber ist hier nicht der Fall: Die aktuelle, tatsächliche Erteilung der Zustimmung kann ohne weiteres objektiv und eindeutig festgestellt werden; es handelt sich um eine beliebig wiederholbare Tatsachenermittlung.

Zudem erscheint fraglich, ob die Wahrscheinlichkeit ex post oder ex ante zu bestimmen wäre. Soll das praktische Ziel der Rechtsprechung wenigstens halbwegs erreicht werden, so müßte man eine ex-ante-Bestimmung als ausreichend ansehen: Es wäre entscheidend, wie sich der Sachverhalt zum Zeitpunkt des Erlasses der Anordnung für die Behörde oder einen sachkundigen Beobachter darstellte, nicht aber, wie man die Angelegenheit bei Kenntnis erst später aufgetretener Gesichtspunkte beurteilt hätte. ²⁵⁾ Nur so würde die angestrebte Verfahrensökonomie verwirklicht. Stellt man aber nicht auf das ex post erkannte tatsächliche Geschehen ab, sondern auf die ex ante gesehene wahrscheinliche Sachlage, so wirft man der Behörde allenfalls eine subjektive Pflichtverletzung vor, die Frage wird auf verfahrensrechtliches Gebiet verlagert. Freilich muß dies auch deutlich gesehen und ausgesprochen werden.

2.3.3 Die in Rechtsprechung und Literatur vertretene Meinung führt zudem entgegen dem ersten Anschein auch praktisch nicht zu klaren und befriedigenden Lösungen. Einmal birgt diese Betrachtungsweise ein zu großes Risiko für den Adressaten. Für ihn ist die Wahrscheinlichkeit nicht ohne weiteres feststellbar, vor allem kann die Behörde durchaus anderer Meinung darüber sein als er selbst. Auch kann er meist aus der Wahrscheinlichkeit innerhalb der Widerspruchsfrist keine Gewißheit - in der einen oder anderen Richtung - gewinnen. Der Dritte läßt sich wohl in aller Regel nicht ohne Not endgültig festlegen. Er wird häufig versuchen, eine Gegenleistung zu erhalten, zu verhandeln, Zeit zu gewinnen. Die Tendenz dieser Rechtsprechung fordert ihn geradezu auf, sich vorerst völlig passiv zu verhalten. Mit Maßnahmen gegen seine eigene Person hat er kaum je zu rechnen, da er ja "wahrscheinlich" zustimmt. Gegen spätere

24) Hieran ist auch nach den grundlegenden Entscheidungen des Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes vom 19.10.71 (BayVBl. 1972, 439) und des BVerwG vom 16.12.71 (BayVBl. 1972, 472) festzuhalten.

25) Vgl. etwa ProVGE 38, 179/182, das einen späteren Eintritt oder ein späteres "Hervortreten der Unmöglichkeit" für die Beurteilung des VA als grundsätzlich unbeachtlich ansieht.

reale Eingriffe in seine Rechte kann er sich dann immer noch wehren. Der Adressat dagegen ist in wenig beneidenswerter Lage. Soll er nun Widerspruch einlegen und das Risiko des Unterliegens tragen? Von einem bloßen "Risiko" kann man hier kaum sprechen: Klärt sich in der nächsten Zeit nichts weiter auf, äußert sich der Dritte nicht eindeutig, so wird der Rechtsbehelf erfolglos bleiben, da ja die Wahrscheinlichkeit der Zustimmung immer noch besteht. Unterbleibt andererseits Rechtsmitteleinlegung, so steht der Adressat im Ergebnis unter dem Druck einer nunmehr bestandskräftigen Anordnung, aber ohne privatrechtliche Befugnis. Das ist gewiß kein wünschenswertes Ergebnis!

Zudem versagt dieses Rezept gerade dann, wenn das größte Bedürfnis nach praktikabler Lösung besteht, wenn nämlich die Behörde von dem Dritten oder von seinen Rechten überhaupt nichts weiß. 26) Hier kann von einer "Wahrscheinlichkeit der Zustimmung" usw., die die Behörde feststellen könnte und müßte, kaum die Rede sein. Gerade hier, wo doch der Behörde am wenigsten vorgeworfen werden kann, wo die Notwendigkeit einer Modifizierung des allgemeinen Grundsatzes am deutlichsten hervortritt, bietet diese Konstruktion keinen Ausweg.

Dem dringenden Bedürfnis, auch in diesen Fällen zu praktisch brauchbaren und angemessenen Ergebnissen zu gelangen, kann daher dogmatisch sauber und praktisch befriedigend nur auf andere Weise, nämlich über das Verfahrensrecht, 27) genügt werden.

26) Diese beiden Situationen dürften in der Praxis die ganz überwiegende Mehrzahl aller Fälle darstellen.

27) Dies wird später eingehend im 2. Hauptteil der Arbeit ausgeführt. Einstweilen mag der Hinweis genügen, daß insoweit die Ermittlungspflicht von Behörde bzw. Gericht eingeschränkt ist durch die Mitwirkungspflicht der Beteiligten, hier v. a. des Adressaten. Der VA ist zwar in all diesen Fällen materiell rechtswidrig, jedoch haben Behörde und Gericht - in noch näher zu bezeichnendem Umfang - keinen Anlaß, dem weiter nachzugehen und diese Rechtswidrigkeit zu ermitteln. Die Lösung erfolgt also nicht materiellrechtlich, sondern verfahrensrechtlich. In diese Sparte gehört Problem auch, da es letztlich eine verfahrensökonomische Frage ist.

§ 7 Ersetzung der Zustimmung durch ergänzenden Verwaltungsakt
("Ergänzungsakt") gegen den Dritten

1. Allgemeines zum Ergänzungsakt

- 1.1 Abgrenzungsfragen
- 1.2 Wirkung, notwendiger Inhalt und tatsächliche Erscheinungsformen des Ergänzungsakts
- 1.3 Die zwei Bestandteile des Ergänzungsakts: Ersetzung der Zustimmung und Verwaltungsgebot

2. Die inhaltsgleiche Anordnung gegenüber dem Dritten

- 2.1 Wesen und Wirkungsweise
- 2.2 Die Frage der Ermächtigung
- 2.3 Form
- 2.4 Hauptfälle: Gemeinschaften

3. Die Duldungsanordnung gegenüber dem Dritten

- 3.1 Wesen und Wirkungsweise
- 3.2 Grundsätzliche Zulässigkeit
- 3.3 Die Frage der Ermächtigung
- 3.4 Form

4. Die Beziehung zwischen Hauptakt und Ergänzungsakt

- 4.1 Die gegenseitige Abhängigkeit der Anordnungen
- 4.2 Die Selbständigkeit der Anordnungen

1. Allgemeines zum Ergänzungsakt

Wird die Zustimmung nicht erteilt oder gar verweigert, so fragt es sich, ob die Behörde die rechtliche Unmöglichkeit durch gesonderten zusätzlichen Verwaltungsakt gegenüber dem Dritten beseitigen, ob sie dessen private Gegenrechte durch einen "Ergänzungsakt" ausschalten kann.

1.1 Abgrenzungsfragen

Das hat zunächst einmal nichts damit zu tun, ob die zwangsweise Vollstreckung des an den eigentlichen Adressaten gerichteten "Hauptaktes" einen Titel auch gegen den Dritten voraussetzt. Diese Frage beträfe lediglich die Zulässigkeit der Vollstreckung, ausgehend von dem Grundsatz, daß gegen jeden ein Titel nötig ist, gegen den vollstreckt wird. Hier jedoch soll allein geprüft werden, ob ein Ergänzungsakt (gerichtet an den Dritten) den Hauptakt (gerichtet an den Adressaten) vom Makel des Verstoßes gegen Art. 20 Abs. 3 GG befreien kann. Daß der Ergänzungsakt dann außerdem als Vollstreckungstitel gegen den Dritten dienen kann, bedarf keiner näheren Erörterung; maßgeblich hierfür ist sein Tenor im Einzelfall.

Dieser Ergänzungsakt darf auch keineswegs mit dem schon angesprochenen Sonderfall verwechselt werden, in dem bereits der Hauptakt privatrechtsgestaltend wirkt. Hier handelt es sich um die Frage, ob durch einen zweiten VA, der sich allein an den Dritten wendet, das Hindernis dessen privater Rechte, damit die "Unzulässigkeit" des Geforderten, beseitigt werden kann. Dort aber taucht dieses Problem der rechtlichen Unmöglichkeit überhaupt nicht auf, da das Hindernis allein schon auf Grund eines einzigen VA ausnahmsweise entfällt, der an den ursprünglichen Adressaten gerichtet ist, nicht an den privat berechtigten Dritten.

1.2 Wirkung, notwendiger Inhalt und tatsächliche Erscheinungsformen des Ergänzungsakts

Prüft man nun die Möglichkeit der Ausschaltung von Drittrechten durch Ergänzungsakt näher, so steht eines fest: Erfolg dieses VA muß sein, daß das private Recht dem ursprünglichen, ersten Verwaltungsbefehl, dem Hauptakt, nicht mehr entgegensteht. Dazu ist keine völlige Beseitigung dieses Rechts erforderlich, es genügt

seine Einschränkung, soweit das Recht gerade dem verlangten Verhalten widerspricht. Der notwendige Inhalt des Ergänzungsakts wird bestimmt durch sein Ziel und begrenzt durch die Erforderlichkeit. Maßgebend ist daher der Einzelfall, insbesondere sind es Art und Umfang des speziellen privaten Rechts. So ist z. B. nicht volle Enteignung des Nachbargrundstücks nötig, wenn Errichtung eines Zauns von A verlangt wird, B aber eine besondere privatrechtliche Vereinbarung hat, auf Grund der dies unterbleiben soll. Dem baulichen Veränderungen widerstrebenden Mieter muß nicht der gesamte Mietvertrag "entzogen", d. h. gekündigt werden, wird dem Hauseigentümer Vornahme von Ausbauten abverlangt. In beiden Fällen genügt die Auferlegung einer Duldungspflicht, im übrigen können die zivilen Rechtsbeziehungen unangetastet bleiben. Oft bestehen für die Behörde auch mehrere Möglichkeiten: Sie kann entweder beiden Beteiligten dasselbe befehlen, z. B. zwei Miteigentümern Beseitigung eines Hauses, oder aber dem einen Vornahme, dem anderen Duldung dieser Handlung. Die Fälle, in denen von beiden das gleiche Handeln oder vom einen Handeln, vom anderen Duldung verlangt wird, sind zwar nicht die einzig denkbaren, ¹⁾ sie sind jedoch die im wesentlichen in der Praxis allein vorkommenden. Weitere Erörterungen müßten in Kasuistik ausarten, ohne daß rechtlich relevante Unterschiede zu erfassen wären.

1.3 Die zwei Bestandteile des Ergänzungsakts: Ersetzung der Zustimmung und Verwaltungsgebot

In welcher tatsächlichen Form dieser Ergänzungsakt auch ergehen mag, stets enthält er zwei Bestandteile. Das ist einmal die eigentliche "Ersetzung" der Zustimmung, die Inanspruchnahme, Ausschaltung, Einschränkung des privaten Drittrechts für den Einzelfall. Zum anderen ist es ein Verwaltungsbefehl in Form eines Gebots- oder Verbotsaktes. ²⁾ Im Tenor des Bescheides wird in aller Regel allein dieser Befehl zu finden sein. Er setzt

-
- 1) Es könnte z.B. auch von beiden dieselbe Unterlassung oder jeweils verschiedenes Handeln verlangt werden.
 - 2) Vgl. dazu auch Martens, VerwArch. 1969, 197/225: Wenn er hier die "Feststellung" - z.B. der Beseitigungspflicht des Adressaten, die notwendig einheitlich auch gegen den Dritten ergehen müsse - scharf von dem eigentlichen Handlungsgebot abgrenzt, meint er wohl genau das gleiche.

aber gedanklich die Ausschaltung des Drittrechts voraus, diese ist stillschweigend, doch logisch notwendig und ausreichend erkennbar "mitverfügt". Ein typischer Fall mag dies verdeutlichen: A baut - ohne Genehmigung und unter Mißachtung aller Regeln der Baukunst - ein Haus und vermietet es an B. Die Bauordnungsbehörde belegt daraufhin A mit einer Beseitigungsanordnung, dem B befiehlt sie Duldung. Zweck dieser Duldungsanordnung, des Ergänzungsakts, ist nun ein doppelter. Ist die Behörde, weil A nicht beseitigt, später zur Ersatzvornahme gezwungen, so braucht sie auch gegen B einen Titel, der Duldungsbefehl verschafft ihn ihr. Wichtiger noch ist der "versteckte" Inhalt des Befehls: Auch die Beseitigung des Hauses durch den Hauptadressaten, den Eigentümer A, darf der Mieter nicht verhindern. Die Behörde schränkt damit den mietvertraglichen Anspruch auf ungestörte Gebrauchsüberlassung ein, ändert also die private Rechtslage. Der zusätzliche Verwaltungsbefehl, sei er auf Duldung, Handlung oder sonstiges gerichtet, kann und muß unter Umständen vollstreckt werden. Die zweite Funktion des Ergänzungsakts dagegen besteht ausschließlich in der unmittelbaren Umgestaltung der privaten Rechte des Dritten, eine Vollstreckung im eigentlichen Sinn ist weder nötig noch möglich.

Dabei ist genau genommen die Zustimmung des Dritten nicht wirklich "ersetzt". Der Ergänzungsakt beschränkt sich für das interne Verhältnis der beiden Privatpersonen auf die Außerkraftsetzung der Drittrechte, soweit diese für den gegebenen Fall notwendig ist. Vor allem erwirbt der Adressat des Hauptaktes nicht etwa auf Grund der "Ersetzung" irgendwelche privaten Rechte gegen den Dritten, wie es bei tatsächlicher Zustimmung durchaus möglich wäre. Er gewinnt lediglich einen reflexweisen Machtzuwachs; er kann nun das Gegenrecht außer Acht lassen, ohne mit der Rechtsordnung zu kollidieren. Der VA schafft für ihn einen zweckbedingten Rechtfertigungsgrund, nicht eine dauernde Rechtsstellung.

Soviel zum Ergänzungsakt allgemein. Im folgenden sollen nun seine beiden praktischen Hauptfälle, die inhaltsgleiche Anordnung und die Duldungsanordnung gegen den Dritten, etwas näher untersucht und die rechtlichen Zusammenhänge zwischen Haupt- und Ergänzungsakt dargestellt werden.

2. Die inhaltsgleiche Anordnung gegenüber dem Dritten

2.1 Wesen und Wirkungsweise

Völlig gleichmäßiges Vorgehen gegen alle Beteiligten hat praktische Vorteile: Der Behörde stehen zwei bzw. mehrere Adressaten zur Verfügung, die sie notfalls im Wege der Vollstreckung unmittelbar zum Handeln auffordern kann. Zudem entfällt der bei unterschiedlichen Maßnahmen psychologisch naheliegende Einwand des "Warum gerade ich?"; er kann sonst leicht zu überflüssiger Rechtsmitteleinlegung und Verzögerung des Verfahrens führen.

Die Funktionsweise von Haupt- und Ergänzungsakt entspricht auch hier dem schon geschilderten Schema. Wird z. B. Eigentümer und Mieter eines Hauses gleichzeitig Einbau einer stabilen Treppe befohlen, so ist der Eigentümer ohne Zweifel auf Grund dieses VA öffentlichrechtlich verpflichtet, alles Erforderliche zur Herstellung des verlangten, polizeieigemäßen Zustandes zu unternehmen. Dann darf er aber vor allem auch einen Ausbau durch den Mieter nicht verhindern, selbst wenn dieser nach dem Mietvertrag zu baulichen Veränderungen an sich nicht befugt wäre. Seine etwa vorhandenen privaten Gegenrechte darf er kraft öffentlichen Rechts in diesem Umfang nicht mehr ausüben, seine Zustimmung ist ersetzt. Damit begegnet in unserem Fall der VA gegenüber dem Mieter keinen Bedenken mehr aus dem Grundsatz der rechtlichen Unmöglichkeit. Infolge des dargestellten Ergänzungsakts gegen den Eigentümer kann dieser sein privates Gegenrecht nicht ausüben, der Mieter darf die verlangte Maßnahme erfüllen. Umgekehrt gilt für den Mieter genau dasselbe. Er muß kraft Ersetzung seiner Zustimmung Maßnahmen des Eigentümers dulden und ist zusätzlich verpflichtet, gleiche eigene Maßnahmen vorzunehmen. Ergehen also inhaltlich übereinstimmende Handlungsgebote an mehrere Beteiligte, so ist jeder zum Handeln gehalten und keiner kann gegen pflichtgemäßes Handeln des anderen zivilrechtlich vorgehen. Damit ergibt sich hier als Besonderheit, daß Haupt- und Ergänzungsakt gleichsam austauschbar werden. Beide Anordnungen können je nach dem Blickwinkel als Hauptakt oder als Ergänzungsakt betrachtet und behandelt werden.

Theoretisch denkbar, allerdings praktisch selten, ist übrigens auch der Fall des Verbotes gleichen Inhalts gegen mehrere. Von ihnen wird ein Unterlassen verlangt, wo sie gegenseitig nach

Zivilrecht zum Handeln verpflichtet wären. Nennenswerte Besonderheiten gegenüber dem Fall eines doppelten Gebotes bestehen nicht. Es ist aber besonders zu betonen, daß auch hier der eine aus der öffentlichrechtlichen Verpflichtung des anderen keinerlei Rechte herleiten kann. Es wird lediglich die Schranke für sein eigenes Vorgehen (hier Unterlassen) beseitigt, nicht aber tritt für ihn ein Rechtszuwachs und für den Gegner ein echter privater Rechtsverlust ein.

2.2 Die Frage der Ermächtigung

Für beide Anordnungen ist selbstverständlich wie für jeden belastenden VA eine gesetzliche Ermächtigung notwendig. Bei Gemeinschaften wird das kaum zum Problem, da sie alle im gleichen Verhältnis zum Anlaß des Eingriffes stehen. Sie sind z. B. Miteigentümer oder Mitbesitzer eines baufälligen Hauses, daher (wenn überhaupt) alle einzeln und gleichmäßig "polizeipflichtig", also mögliche Adressaten des Verwaltungsbefehls.³⁾ Schwieriger kann es in anderen Fällen werden, etwa beim Verhältnis zwischen Mieter und Vermieter. Hier muß im Einzelfall sorgfältig geprüft werden, welche Personen nach der einschlägigen, in dieser Frage nur selten eindeutigen Ermächtigungsnorm belangt werden können. Allgemeine Regeln lassen sich kaum aufstellen. Die Vielfalt öffentlichrechtlicher Normen wie zivilrechtlicher Rechtsverhältnisse, damit auch der Beziehungen eines Dritten zu "öffentlichrechtlichen Anlässen", ist zu groß. In aller Regel wird freilich aufgrund derselben oder einer anderen Norm Einschreiten auch gegen den Dritten möglich sein. Dabei wird man häufig die Grundsätze des allgemeinen Polizei- und Ordnungsrechts über die "Störer"-Eigenschaft, damit die Ermächtigung der Behörde zum Eingriff, auch zur Auslegung von Vorschriften auf allen anderen Rechtsgebieten heranziehen. Lassen sich allerdings selbst im Wege der Auslegung Ermächtigungen zu gleichartigen Maßnahmen nicht gegenüber allen Beteiligten finden, so scheidet der Erlass mehrerer übereinstimmender Anordnungen aus, es müssen andere Wege gesucht, andere Mittel angewandt werden.

2.3 Form

Die notwendige Form der Anordnungen bestimmt sich, fehlt eine spezialgesetzliche Regelung, nach allgemeinen Grundsätzen. Zu beachten

3) Vgl. eingehend § 4 Abschnitt 2.1

ist, daß nicht etwa allen Betroffenen ein ganz besonderer Bescheid (z. B. auch mit anderer Begründung) mitgeteilt werden muß, wenn dies nicht besondere Umstände erfordern, also die Sach- und Rechtslage unterschiedlich ist. Jedoch ist stets zu verlangen, daß der Tenor beider Anordnungen klar und eindeutig ist, das vor allem in der Frage, gegen wen sich der einzelne VA richtet. Ist er nach der Eingangsformel allein "an Herrn X" gerichtet, so dürfte es in aller Regel nicht genügen, wenn "Herrn Y" ohne weiteren Kommentar eine Abschrift oder Ausfertigung zugestellt wird. Allenfalls in Ausnahmesituationen mag eine sachgerechte Auslegung nach dem objektiven Erklärungswert dieser Zusendung dazu führen, daß damit ein Gebot auch an Y ergangen ist. Voraussetzung dafür ist aber stets, daß er dies aufgrund der Umstände des Einzelfalles so verstehen konnte und mußte. In jedem Falle ausreichend ist es dagegen, wenn dem Y die Anordnung gegen X in Abschrift oder Ausfertigung übersandt wird "mit der Maßgabe, daß er ebenso verpflichtet ist". Freilich stellt dann das Begleitschreiben den eigentlichen Verwaltungsakt gegen ihn dar. Sicherer und in der Praxis auch gebräuchlich ist es aber, daß bereits in der Eingangsformel des Bescheids alle Betroffenen aufgeführt sind und jedem eine Ausfertigung des Bescheids zugestellt wird. Die Begründung des Bescheids sollte dann allerdings klarstellen, daß zwei zwar rechtlich zusammenhängende, aber durchaus verschiedene Verwaltungsakte gegen X und Y vorliegen. Andernfalls taucht leicht das Mißverständnis auf, es handle sich um einen einzigen Bescheid, der als Adressaten eine besondere Gemeinschaft zwischen X und Y habe. Das aber ist materiell, wie schon in § 4 näher ausgeführt wurde, selbst bei Ehegatten, Miteigentümern, Miterben usw. nicht der Fall. Es ist scharf zwischen dem realen Schriftstück und den darin enthaltenen Regelungen zu unterscheiden. Mag auch nur eine einzige Urkunde vorliegen, so kann sie doch zwei oder mehr Verwaltungsakte enthalten. Der VA gegen X und der gegen Y sind also rechtlich - und zur Vermeidung von Mißverständnissen nach Möglichkeit auch tatsächlich - deutlich zu trennen. Gegen jeden einzelnen ergeht hier ein separates Gebot. Anders als bei einem "Verwaltungsakt mit Drittwirkung", z. B. der Baugenehmigung im Verhältnis Bauwerber - Nachbar, sind die beiden Regelungen getrennte, grundsätzlich unabhängig voneinander zu beurteilende Verwaltungsakte; die Regelung gegenüber X ist nicht, wie dort, lediglich die "Kehrseite" derjenigen gegenüber Y.

2.4 Hauptfälle: Gemeinschaften

Hauptfälle gleichlautender Anordnungen gegen mehrere sind die Verwaltungsakte an Mitglieder von Gemeinschaften. Hier empfiehlt es sich oft ganz besonders, gegen alle auf gleiche Art vorzugehen, da sie sämtlich auf gleiche Art privatrechtlich berechtigt und öffentlichrechtlich verpflichtet sind. Dabei ist nochmals darauf hinzuweisen, daß hier mehrere VAe gegen die einzelnen Gemeinschaftler vorliegen, nicht etwa ein einziger, einheitlicher VA gegen die Gemeinschaft als solche. ⁴⁾ Selbst wenn der Bescheid im Eingang "an die Miterbengemeinschaft A, B und C" oder "an die Miterbengemeinschaft H. Müller" formuliert ist, wird sich die Verfügung bei entsprechenden Anhaltspunkten in ihrer Begründung in aller Regel so auslegen lassen. Erscheint dies ausnahmsweise nicht als möglich, so ist der Bescheid schon deswegen fehlerhaft: Diese Gemeinschaften können nicht selbständig polizeipflichtig sein; sie sind kein tauglicher Adressat von Verwaltungsbefehlen, soweit ihnen nicht auf Sondergebieten partielle Rechtsfähigkeit verliehen wurde.

Wird nun aber ordnungsgemäß gegen alle Mitglieder durch separate Verfügungen vorgegangen, so kann keiner von ihnen mehr geltend machen, er dürfe die verlangte Maßnahme kraft Zivilrechts - etwa § 2040 BGB - nicht ohne Zustimmung der Genossen erfüllen. Die "Gegenrechte" der anderen Gemeinschaftler sind jeweils im erforderlichen Umfang ausgeschaltet. Jeden von ihnen trifft eine selbständige öffentlichrechtliche Pflicht zum Handeln, damit auch eine Pflicht, entsprechende Handlungen der anderen hinzunehmen.

3. Die Duldungsanordnung gegenüber dem Dritten

3.1 Wesen und Wirkungsweise

Ein Ergänzungsakt dieser Art verpflichtet den Dritten, die vom eigentlichen Adressaten verlangte Maßnahme zu dulden, d. h. ihrer Ausführung durch diesen oder die Behörde keinen Widerstand entgegenzusetzen. Diese auferlegte vollstreckbare Verpflichtung zur Duldung schafft dabei keine dritte Kategorie neben Pflichten zur "Handlung" und zur "Unterlassung"; ⁵⁾ Duldung ist lediglich eine besondere

4) Vgl. eingehend § 4 Abschnitt 2.2

5) Insoweit sind die meisten polizei- und vollstreckungsrechtlichen Vorschriften etwas mißverständlich formuliert - vgl. Z.B. Art. 18 Abs. 1 BayVwZVG, Art. 13 Abs. 1 BayPAG.

Art der Unterlassung, nämlich der von Widerstand gegen Handlungen anderer Personen, hier des Adressaten des Hauptakts oder der Behörde selbst; es handelt sich um ein spezifisches Verbot gegenüber dem privat berechtigten Dritten. Mangelnde Befugnis des Dritten, sich gegen den Adressaten zur Wehr zu setzen, setzt auch hier gedanklich vorherige oder zumindest gleichzeitige Umgestaltung der privaten Beziehungen voraus. Auch die Duldungsanordnung enthält also stillschweigend die unmittelbare "Ersetzung" der privatrechtlichen Zustimmung, die den Hauptakt erst rechtmäßig werden läßt.

3.2 Grundsätzliche Zulässigkeit

In einer vereinzelt Entscheidung des BayVGh ⁶⁾ wurden allerdings generelle Zweifel an der Zulässigkeit der Duldungsanordnung erhoben und das bisher unstreitige Rechtsinstitut letztlich sogar völlig abgelehnt. Das BVerwG hatte in einem vorangegangenen Urteil ⁷⁾ im wesentlichen ausgeführt: Ergehe isoliert gegen einen einzigen Miteigentümer eine Beseitigungsanordnung bzgl. eines gemeinschaftlichen Gegenstandes, so könne sie nur erzwungen werden, wenn dem anderen Miteigentümer gegenüber gleichfalls eine unanfechtbare Beseitigungsanordnung vorliege oder wenn dieser im gerichtlichen Verfahren beigeladen worden sei. Der BayVGh, an den der Rechtsstreit zurückverwiesen wurde, schloß daraus, eine Duldungsanordnung gegen den Miteigentümer genüge also nicht. Könne sie aber die Durchsetzbarkeit der ersten Anordnung nicht herbeiführen, so gehe sie mangels anderer Zweckbestimmung ins Leere, sie entbehre des öffentlichen Interesses, sei daher rechtswidrig.

Bereits der damalige Ansatzpunkt des BayVGh erscheint verfehlt. Es ist kaum anzunehmen, daß das BVerwG mit einer derart langen und allgemeinen Rechtspraxis der Anerkennung von Duldungsanordnungen hätte ohne jede Begründung brechen wollen. Man wird eher annehmen können, daß die Erwähnung der Duldungsanordnung in diesem Zusammenhang wegen Selbstverständlichkeit für unnötig gehalten oder - wohl am wahrscheinlichsten - schlicht vergessen wurde. Daß und wie die Duldungsanordnung ihren Zweck, die Rechtmäßigkeit des Hauptakts, erreicht, wurde bereits oben dargelegt. Sie ist auch ohne weiteres tauglicher Vollstreckungstitel; der BayVGh bleibt für seine abweichende Meinung

6) BayVB1. 1968, 252; inzwischen wohl aufgegeben - vgl. BayVGh, BayVB1. 1969, 101.

7) DVBl. 1966, 792

jede Begründung schuldig. Erwähnt werden soll zusätzlich, daß das Duldungsgebot in § 6 Abs. 1 VwVG, Art. 18 Abs. 1 BayVwZVG ausdrücklich generell als vollstreckungsfähiger Akt anerkannt ist. Derartige Anordnungen wurden in älterer wie neuerer Rechtsprechung und in der Lehre zu Recht immer nahezu selbstverständlich als zulässig angesehen.⁸⁾

3.3 Die Frage der Ermächtigung

Ist also das Rechtsinstitut der Duldungsanordnung weiterhin anzuerkennen, so bedarf es doch für den Erlaß dieses Ergänzungsakts im Einzelfall immer noch einer gesetzlichen Ermächtigung. Wenn auch eine ausdrückliche Ermächtigung zu Duldungsgeboten meist fehlt,⁹⁾ so ist doch die Ermächtigungsnorm häufig so weit formuliert, daß man daraus ohne weiteres Befugnisse zu Handlungs- und Duldungsgeboten herleiten kann - etwa ist die Behörde zu "Maßnahmen" berechtigt, kann sie "Anordnungen"¹⁰⁾ erlassen. Hier ist die Duldungsanordnung völlig gleichberechtigt erfaßt. Anders wird es nur dann, wenn ausdrücklich bestimmte positive Handlungen angesprochen sind, etwa die Pflicht zur "Beseitigung" eines Bauwerks zur "Errichtung" eines Zaunes usw.¹¹⁾ Kann nun auch in diesem Fall eine Duldungspflicht auferlegt werden?

Schneidet man damit das Problem des Verhältnisses zwischen beiden Arten von Befehlen an, so erhebt sich zunächst die Frage, ob die Duldungsanordnung gegenüber dem Handlungsgebot ein "aliud" oder ein "minus" darstellt. Mit gewisser Berechtigung läßt sich hier auf den ersten Blick argumentieren, in jedem Handlungsgebot sei die entsprechende Duldungsanordnung als Verbot gerade des gegenteiligen Handelns bereits enthalten; diese sei daher lediglich ein "minus",¹²⁾ die Ermächtigung zur Handlung umfasse die zur Duldungsanordnung.¹³⁾ Allerdings erweist sich diese Auffassung

8) Vgl. statt vieler: PrOVGE 24, 384/386; VGH Stuttgart, VerwRSpr.9, 978; Proksch, Anmerkung in BayVBl. 1968, 252; Wachsmuth, BayVBl. 1969, 265/266 m.w.Nw.

9) Ausnahmen sind z.B. § 16 LuftVG, Art. 29 Abs. 2 BayStrWG.

10) So z.B. § 10 Abs. 1 Satz 1 BSeuchG, § 26 Abs. 1 Satz 1 SprengstoffG, Art. 28 Abs. 1 Satz 1 BayLStVG.

11) So z.B. § 24 a Abs. 1 GewO, Art. 99 Abs. 1 und 100, Satz 1 BayBO, Art. 78 Abs. 1 BayLStVG.

12) Dies nehmen z.B. im Hinblick auf Konsequenzen aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit Proksch, BayVBl. 1968, 252 und Wachsmuth, BayVBl. 1969, 265/266 an.

13) Darauf scheinen auch die Formulierungen "erstreckt sich auf ...", "schließt ... mit ein" des BayVGH in BayVBl. 1969, 101 hinzudeuten; allerdings stützt das Gericht seine Auffassung im Ergebnis auf andere Grundlagen.

bei näherer Betrachtung doch aus mehreren Gründen als äußerst fragwürdig:

Einmal überzeugt diese Behauptung schon rein logisch nicht ganz. Zwar enthält das Handlungsgebot, wie gesagt, auch eine Duldungspflicht; die privaten Gegenrechte sind eingeschränkt, das Handeln des anderen darf nicht verhindert werden. Dadurch wird aber ausschließlich die "Ersetzung" der Zustimmung erfaßt, d. h. der erste - mehr privatrechtliche - Teil jeder Duldungsanordnung, nicht ihr zweiter Teil, der vollstreckbare Duldungsbefehl. Es ist aber ein ganz wesentlicher Unterschied, ob nur eine private Befugnis verlorengelht oder ob zusätzlich ein öffentlichrechtlicher, vollstreckbarer Zwang zur Duldung entsteht. ¹⁴⁾ Der eigentliche Duldungsbefehl ist in einem Handlungsgebot nicht enthalten; er ist seinem Wesen nach etwas anderes, ein "aliud".

Bei Überprüfung der Ermächtigung darf zudem die Frage "minus oder aliud" nicht ausschließlich vom streng logischen Standpunkt aus betrachtet, sondern muß zusätzlich von dem des Betroffenen gesehen werden. Man wird für die Bejahung eines minus-minus-Verhältnisses auch verlangen müssen, daß der angeblich "geringere" Eingriff gerade für den Betroffenen bei vernünftiger objektiver Betrachtung tatsächlich stets (und nicht nur meist) weniger belastend ist. Läßt sich das nicht sagen, so bleibt der Eingriff ein "aliud". Auf das Verhältnis Handlungs-/Duldungsanordnung angewandt, fällt die Entscheidung dann nicht schwer: Man hat hier von einem "aliud" auszugehen. Für den mit Duldungsanordnung Belegten ist es durchaus Frage des Einzelfalles, ob er durch ein Handlungsgebot stärker belastet würde. Man denke etwa an einen von mehreren Miterben, wenn Beseitigung eines gemeinschaftlichen Hauses erfolgen soll. Zwar muß er beim Duldungsgebot nicht selbst aktiv werden. Er ist jedoch dem Handeln des anderen ausgeliefert, ohne selbst irgendeinen Einfluß ausüben zu können. Er darf kraft privaten Rechts auch meist nicht handeln. Diese Sachlage kann im Einzelfall eine erheblich stärkere Belastung sein, als es die Handlungsanordnung wäre. Der Vorteil des "Nicht-handelnmüssens" wird häufig mehr als ausgeglichen durch andere Nachteile, etwa eine Kostenersatz- bzw. Ausgleichspflicht im Innenverhältnis der Gemeinschaftler oder die vorhandene eigene Möglichkeit,

14) Ganz offensichtlich wird das, wenn ein Zuwiderhandeln gegen die Anordnung nach dem Gesetz eine Ordnungswidrigkeit darstellt, d.h. zu Geldbuße führen kann.

die geforderte Maßnahme billiger, sorgfältiger, schonender vorzunehmen als es bei Durchführung durch den anderen der Fall sein wird, und ähnliches mehr. Der Betroffene mag, häufig durchaus verständlich, Wert darauf legen, seine eigenen Angelegenheiten selbst zu besorgen. Auch wenn es ihm von der Behörde auferlegt wurde, wird er eigenes Handeln oft dem Handeln Dritter vorziehen - man denke etwa an den Fall, daß einem Mieter bestimmte bauliche Veränderungen am Haus, dem Eigentümer dagegen "nur" deren Duldung befohlen würde.

Ist also die Duldungs- gegenüber der Handlungsanordnung ein "aliud", so bleibt die Frage der Ermächtigung zunächst unbeantwortet. In einer Entscheidung des BayVGH wurde zu diesem Problem jedoch ein Lösungsweg aufgezeigt, der zutreffend erscheint: Gegen den Erbauer einer ungenehmigten Anlage war, gestützt auf Art. 100 BayBO, eine Beseitigungsanordnung erlassen worden, den Grundstückseigentümer hatte die Behörde mit einer Duldungsanordnung belegt. Dies sah der BayVGH als durchaus möglich an. Als Rechtsgrundlage hierfür hat das Gericht eine "sinngemäße Anwendung des Art. 100 BayBO in Verbindung mit den im Polizeirecht geltenden Grundsätzen" erkannt und als ausreichend betrachtet. ¹⁵⁾ An dieser Aussage ist zunächst einmal die Formulierung "im Polizeirecht geltende Grundsätze" von Bedeutung. In den einschlägigen Gesetzen der Länder ist eine allgemeine Ermächtigung zu Duldungsanordnungen zwar nicht ausdrücklich festgehalten, zum Teil zeigt jedoch die wörtliche Erwähnung solcher Maßnahmen (vgl. z. B. Art. 13 Abs. 1 Satz 1 BayPAG), daß sie als selbstverständlich zulässig angesehen werden. Man wird hier durchaus eine gewohnheitsrechtliche Ermächtigung - zumindest auf dem Gebiet des Polizei- und allgemeinen Ordnungsrechts - annehmen können. Die wesentlichen Voraussetzungen hierfür - dauernde Übung und allgemeine Rechtsüberzeugung - sind schwerlich anzuzweifeln. Man wird mit der wohl h. M. auch Gewohnheitsrecht als generell taugliche Grundlage für belastende Verwaltungsakte anerkennen. Selbst wenn man dies nicht wollte, käme man letztlich genau zum gleichen praktischen Ergebnis: Man hätte diese "Grundsätze" als Auslegungsrichtlinien für die jeweiligen Eingriffsnormen anzuwenden. Für Gebiete des speziellen Ordnungsrechts - hier z. B. für das Baurecht - wird man ohnehin weniger zur Annahme von Gewohnheitsrecht neigen und eher zur Berücksichtigung bei der Auslegung oder zur Begründung von Analogieschlüssen. Ähnlich verfährt auch der BayVGH, wenn er von "sinngemäßer" Anwendung spricht.

15) BayVGH, BayVB1. 1969, 101

Insgesamt gesehen, wird man in erster Linie auf die Formulierung der speziellen Ermächtigungsnorm abstellen und insbesondere überprüfen müssen, wie genau sie die Art des Eingriffs und die Person des Betroffenen bestimmt. In aller Regel wird man dabei, auf welchem dogmatischen Weg auch immer, die Duldungsanordnung als zulässig und als durch die vorliegende Ermächtigung gedeckt ansehen müssen. Folgende Fälle könnten hier unterschieden werden:

- (a) Die Norm regelt weder Art des Eingriffs noch Adressaten ausdrücklich; es können etwa "Maßnahmen zur Behebung der Störung" ergriffen werden. Hier führt bereits Auslegung ohne weiteres zu unmittelbarer Anwendung der Norm auch für Duldungsanordnungen gegen privat berechnigte Dritte.
- (b) Die Norm legt zwar den Eingriff, nicht aber den Adressaten ausdrücklich fest; es kann z. B. "Beseitigung der Anlage verlangt" werden. Der privat berechnigte Dritte kann hier im Wege der Auslegung als mit einbezogen gelten, die Duldungsanordnung ist durch Analogieschluß, durch sinnngemäße, entsprechende Anwendung der Norm, gedeckt.
- (c) Die Norm bestimmt zwar den Adressaten, nicht aber die Handlung genau; die Behörde kann z. B. "vom Eigentümer die notwendigen Vorkehrungen" fordern. Dann gilt bzgl. des Adressaten Analogie, für die Maßnahme Auslegung.
- (d) Die Norm erwähnt sowohl den Adressaten wie die Art der Maßnahme; sie läßt z. B. zu, daß "vom Mieter Räumung verlangt" wird. Hier wird eine zweifache Analogie erforderlich, um gegen den Dritten - etwa den Hauseigentümer - mit einer Duldungsanordnung einschreiten zu können.

Wie die Einzelheiten auch liegen mögen, es wird in allen Fällen zweierlei besonders zu beachten sein: Bei jeder Herleitung einer Duldungsanordnung aus einer solchen Ermächtigungsnorm - sei es im Wege des Gewohnheitsrechts, der Auslegung oder der Analogie - ist zunächst zu prüfen, ob nicht durch den erkennbaren Willen des Gesetzes die Duldungsanordnung ausgeschlossen sein sollte. Ist dies, wie in der Regel, nicht der Fall, so muß sie als zulässig angesehen werden, die oben dargestellten Grundsätze sind anzuwenden. Vor jeder Erstreckung einer Ermächtigungsnorm auf privat berechnigte Dritte - vor allem im Wege der Analogie - ist ferner darauf zu achten, daß die Maßnahme grundsätzlich schon wegen der sog. Junktimklausel des

Art. 14 Abs. 3 GG keine enteignende Wirkung haben darf. Allerdings dürften sich daraus nur selten Probleme ergeben, da auch der privat berechnigte Dritte nach den allgemeinen Grundsätzen meist als "Störer" anzusehen ist; ein Vorgehen auch gegen ihn liegt dann im Rahmen der entschädigungslos hinzunehmenden Eigentumsbindungen.

3.4 Form

Hinsichtlich ihrer aus Rechtsgründen notwendigen Form folgt die Duldungsanordnung in der Regel dem Hauptakt. Genauer gesagt, hat sie sich danach zu richten, in welcher Form dieser andere VA erlassen werden muß, nicht danach, wie er tatsächlich erlassen wurde. Ein Grund, die Anforderungen an den Ergänzungsakt hier generell zu lockern oder zu verschärfen, ist nicht ersichtlich. Dies kann vor allem bei spezialgesetzlichen Formvorschriften bedeutsam werden. Im übrigen gelten hier die Grundsätze entsprechend, die für mehrere gleichlautende Anordnungen in Abschnitt 2.3 dargestellt wurden. Danach genügt es insbesondere, wenn dem Dritten Abschrift oder Ausfertigung des Hauptakts mit dem Bemerkten zugeht, er sei zur Duldung der angeordneten Handlung angehalten. Ebenso ist die Zusammenfassung von Haupt- und Ergänzungsakt in einem Bescheid möglich, wenn z. B. jeder Beteiligte im Eingang genannt ist und für seine Verpflichtung jeweils ein gesonderter Ausspruch im Tenor erscheint.

4. Die Beziehung zwischen Hauptakt und Ergänzungsakt

4.1 Die gegenseitige Abhängigkeit der Anordnungen

Durch den Ergänzungsakt wird die privatrechtliche Zustimmung ersetzt, Bedenken aus Art. 20 Abs. 3 GG werden ausgeräumt, die gegen den Hauptakt zunächst bestanden. Dieser ist also in seiner Rechtmäßigkeit vom Erlaß des Ergänzungsakts abhängig. Umgekehrt wieder schöpft der Ergänzungsakt seinen - in der Regel alleinigen - Sinn und Zweck aus dem Hauptakt, er komplettiert diesen lediglich. Deshalb wäre der Ergänzungsakt, sollte er völlig isoliert bestehen, grundsätzlich sinnlos, er entbehrte des öffentlichen Interesses und wäre rechtswidrig. Mehrere inhaltsgleiche Anordnungen sind dabei jeweils Haupt- und Ergänzungsakt zugleich; die Verbindung zwischen beiden Verwaltungsakten ist also gleichsam verdoppelt; denn jede Anordnung ist von der anderen als Hauptakt über Art. 20 Abs. 3 GG, als Ergänzungsakt über das notwendige öffentliche

Interesse abhängig. Wie Haupt- und Ergänzungsakt im konkreten Einzelfall auch lauten mögen, stets besteht zwischen ihnen eine ganz besondere Wechselwirkung: Jeder dieser Verwaltungsakte ist jeweils Voraussetzung für die Rechtmäßigkeit des anderen. Damit erhebt sich freilich sofort die Frage, was genau für die Rechtmäßigkeit etwa des Hauptaktes ¹⁶⁾ verlangt werden muß: Unanfechtbarkeit, Rechtmäßigkeit, Wirksamkeit, Vollstreckbarkeit des Ergänzungsakts?

Zunächst kann ohne besondere Schwierigkeit geklärt werden, daß Rechtmäßigkeit oder materielle Bestandskraft keineswegs vorausgesetzt werden dürfen. Entscheidend ist ja allein, daß die Zustimmung "ersetzt" wird. Das aber ist der Fall, sobald der VA erlassen und dem Dritten bekanntgemacht wurde, also wirksam geworden ist. Damit sind seine Regelungen - die Ersetzung der Zustimmung und der zusätzlich enthaltene Verwaltungsbefehl - zunächst eingetreten und verbindlich. Der Hauptakt wird rechtmäßig, da Drittrechte nicht mehr entgegenstehen. Nur wenn der Ergänzungsakt nichtig sein sollte, entfiele diese Konsequenz. Ist er lediglich anfechtbar, so bleibt er vorerst gültig; seine Rechtswirkungen sind zu beachten, sie könnten lediglich im Falle späterer gerichtlicher Aufhebung auch rückwirkend wieder entfallen. Damit ist die Rechtslage völlig eindeutig, wenn der Ergänzungsakt nicht mit Rechtsbehelfen angefochten wird. Geschieht dies allerdings, so entsteht ein echtes Problem:

Muß der Ergänzungsakt formell unanfechtbar oder wenigstens sofort vollziehbar (§ 80 Abs. 2 Ziff. 4 VwGO) sein, um den Hauptakt als rechtmäßig erscheinen zu lassen? Alternativen wären, daß diese Voraussetzungen erst bei Vollstreckung des Hauptaktes oder gar des Ergänzungsaktes selbst vorliegen müßten. In unserem speziellen Zusammenhang hat sich dazu, soweit ersichtlich, lediglich Wachsmuth - und leider nicht ganz klar - geäußert. Er verlangt wohl im Ergebnis bereits für die Rechtmäßigkeit des Hauptakts Unanfechtbarkeit bzw. sofortige Vollziehbarkeit des Ergänzungsakts, wenn er ausführt, ¹⁷⁾ dem durch die Beseitigungsanordnung in Anspruch Genommenen werde die Befolgung ermöglicht, wenn die Duldungsanordnung unanfechtbar oder für sofort vollziehbar erklärt worden sei. Diese Meinung hätte allerdings bedenkliche praktische Konsequenzen, die im folgenden noch etwas näher erörtert werden sollen: Dogmatisch hat man hier zunächst

16) Im umgekehrten Fall gilt dasselbe.

17) BayVBl. 1969, 265/267

auf den Begriff der "Vollziehung" bzw. auf sein Pendant, die "aufschiebende Wirkung" nach § 80 VwGO, zurückzugreifen. Es ergeben sich unterschiedliche Überlegungen, je nachdem, welcher der hierzu vertretenen beiden Theorien man zustimmt.¹⁸⁾ Schließt man sich der engeren - wohl herrschenden - Auffassung an, Wesen des Suspensiv-effektes sei es, daß keine Vollzugshandlung durch die Behörde erfolgen dürfe, so genügt sofortige Vollziehbarkeit bzw. Bestandskraft bei Vollstreckung. Der Ergänzungsakt ist danach mit Erlaß jedenfalls wirksam, die Ersetzung der Zustimmung stellt eine automatische Konsequenz dar, nicht aber eine Vollzugshandlung der Behörde. Der Eintritt des Suspensiveffektes ist daher unschädlich. Zweifelhaft wird die Rechtslage dagegen, neigt man der anderen Auffassung zu, daß auch die Wirksamkeit gehemmt sei. Auf den Theorienstreit kann hier nicht näher eingegangen werden. Für beide Meinungen lassen sich gute Gründe anführen. Man sollte allerdings bei solchen Erörterungen nie die praktischen Konsequenzen außer Acht lassen und auch stets den eigentlichen Sinn und Zweck der Regelung des § 80 VwGO im Auge behalten. In unserem Fall ergäben sich bedenkliche Folgerungen, wollte man die zweite - weitere - Auffassung vertreten und konsequent durchführen. Sobald gegen den Ergänzungsakt ein Rechtsbehelf eingelegt wird, der VA damit nach dieser Meinung seine Wirksamkeit verliert, wäre der Hauptakt rückwirkend¹⁹⁾ wieder als fehlerhaft anzusehen, da das private Drittrecht in vollem Umfang auflebt. Der Ausweg, den Ergänzungsakt, etwa eine Duldungsanordnung, für sofort vollziehbar zu erklären, ist nur gangbar, wenn auch für den Hauptakt sofortiger Vollzug angeordnet ist oder zumindest angeordnet werden könnte: Da der Ergänzungsakt seinen wesentlichen Sinn aus der Durchführung des Hauptakts schöpft, erscheint Herleitung des nötigen "besonderen öffentlichen Interesses" aus anderen Gesichtspunkten schlecht denkbar, als sie auch beim ersten VA selbst möglich wären. Damit ergäbe sich für den Regelfall folgende Rechtslage: Der Hauptakt könnte rechtmäßig erst nach Unanfechtbarkeit des Ergänzungsakts ergehen. Die Behörde wäre nun aber auch nicht in der Lage, diesen zuerst zu erlassen; auch er hänge in der Luft, wäre auf Widerspruch und Anfechtungsklage hin aufzuheben, da er ja seinerseits einen wirksamen Hauptakt voraussetzt. Bei einmal

18) Vgl. zu den beiden Theorien (Vollziehbarkeits- bzw. Wirksamkeitstheorie) und ihren wichtigsten Vertretern: F. Kopp, BayVBl. 1972, 649 und 650.

19) Vgl. dazu Eyermann-Fröhler, RNR. 6 zu § 80 VwGO.

unterstellter Einlegung von Rechtsbehelfen hätte die Behörde überhaupt keine Möglichkeit mehr, sich rechtmäßig zu verhalten, es sei denn, sie bliebe ganz untätig. Praktisch völlig undurchführbar würden gleiche Anordnungen gegen mehrere Personen (vor allem bei Gemeinschaften). Hier ist jede Einzelanordnung Rechtmäßigkeitsvoraussetzung für die anderen Anordnungen und wiederum in ihrer Zulässigkeit von deren Wirksamkeit abhängig. Jede ist zugleich Haupt- und Ergänzungsakt, jede wäre, erginge sie isoliert, auf etwas rechtlich Unmögliches gerichtet. Würden sie nun gleichzeitig erlassen und würden von den Betroffenen Rechtsbehelfe ergriffen, so wären sämtliche Anordnungen auf privatrechtlich Unmögliches gerichtet, damit rechtswidrig. Der angestrebte Erfolg könnte durch inhaltlich gleiche Anordnungen überhaupt nicht mehr erreicht werden.

Will man daher nicht der engeren Auffassung zum Begriff der aufschiebenden Wirkung im Sinne des § 80 VwGO folgen, so muß man aus praktischen Gründen jedenfalls anerkennen, daß hier sofortige Vollziehbarkeit oder gar Bestandskraft für die Ersetzung der Zustimmung nicht nötig ist.²⁰⁾ Vielmehr stehen die beiden Anordnungen in einem Ergänzungs- und Zusammengehörigkeitsverhältnis ganz besonderer Art; der Erlaß der einen ist nicht als "Vollzug" der anderen anzusehen. Dafür spricht auch der Gedanke der §§ 42 Abs. 2, 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO: Jeder berufe sich allein auf seine eigenen Rechte! Gerade das Gegenteil ließe man aber zu, könnte sich der Adressat der Beseitigungsanordnung darauf stützen, daß die ergänzende Duldungsanordnung nicht vollstreckbar sei. Erst bei der tatsächlichen Vollstreckung im eigentlichen Sinne könnte hier unter Umständen auch der Schutzzweck des § 80 VwGO tangiert werden; man mag deshalb für die zwangsweise Vollstreckung auch nur einer Anordnung in bestimmten Fällen die Vollziehbarkeit beider Anordnungen verlangen.²¹⁾ Für die Rechtmäßigkeit des einen Aktes ist dagegen lediglich nötig, daß der andere Akt gültig erlassen wurde, d. h. nicht nichtig ist, und daß er nicht inzwischen endgültig aufgehoben wurde. Es entsteht ein Schwebezustand eigener Art aus dem besonders strukturierten Zusammenhang der beiden Verwaltungsakte.

20) Eine Lösung könnte wohl auch die von Kopp, a.a.O., S. 651, unter dem Namen "Als-Ob-Theorie" angebotene Konstruktion bieten, die auch für die Beurteilung des Schwebezustandes auf die letztlich getroffene, endgültige Entscheidung abstellt.

21) Vgl. dazu die näheren Ausführungen im verfahrensrechtlichen Teil.

4.2 Die Selbständigkeit der Anordnungen

Trotz der engen Beziehungen zwischen Haupt- und Ergänzungsakt und ihrer gegenseitigen Abhängigkeit darf jedoch nicht vergessen werden, daß es sich um zwei grundsätzlich eigenständige Verwaltungsakte handelt. Wenn auch eingehendere Ausführungen hierzu erst an anderer Stelle möglich sind, so sollen doch einige wesentliche Merkmale dieser Selbständigkeit hier zumindest in einem Ausblick erwähnt werden:

Die Anordnungen müssen nicht gleichzeitig ergehen. Geschieht dies dennoch, so ist bei Schriftlichkeit nicht etwa die Form eines einheitlichen Bescheides zwingend nötig. Selbst bei Wahl dieser Form sind die beiden Verwaltungsakte jedoch gedanklich voneinander streng zu unterscheiden. Jeder enthält eine spezielle Regelung gegenüber einer anderen Person und ist ein eigener Vollstreckungstitel. Jeder wird unabhängig vom anderen durch Bekanntgabe an die betroffene Person wirksam, Rechtsmittelfristen können unterschiedlich laufen, formelle Unanfechtbarkeit wie materielle Bestandskraft treten für jeden VA getrennt ein. Haupt- und Ergänzungsakt sind schließlich auch in ihrer Rechtmäßigkeit, Anfechtbarkeit, Nichtigkeit gesondert zu beurteilen, soweit nicht gerade ihr funktionaler Zusammenhang berührt ist. So kann einer der beiden Verwaltungsakte gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verstoßen, mit Ermessensfehlern behaftet sein, einer gesetzlichen Ermächtigung entbehren usw., ohne daß diese Mängel notwendig auch beim anderen vorliegen müßten. Aufhebung oder sonstiges Erlöschen des einen VA führt nicht automatisch zu gleichen Konsequenzen beim anderen, überhaupt kann sich ihr Schicksal zumindest vorübergehend durchaus unterschiedlich gestalten. So kann etwa gegen den Ergänzungsakt erfolgreich ein Rechtsmittel eingelegt werden, während der Hauptakt rechtsbeständig wird - oder umgekehrt. Freilich treten hier in der Regel infolge des Zusammenhangs der Anordnungen auch wieder Rückwirkungen für den anderen VA auf.

§ 8 Ersetzung der Zustimmung durch Beiladung des Dritten oder formlose Erklärung der Behörde im Verwaltungsprozeß?

1. Literatur

1.1 Erweiterung der Beiladungswirkung durch die Rechtsprechung

1.2 Kritische Stimmen

1.3 Präzisierung der Fragestellung

2. Schafft die Beiladung einen Vollstreckungstitel gegen den Dritten?

2.1 Ablehnung der früheren Auffassung des BVerwG

2.2 Ablehnung der Auffassung von Martens

3. Heilt die Beiladung die Rechtswidrigkeit des isolierten Hauptaktes?

3.1 Heilung durch gerichtlichen Beiladungsbeschuß?

3.2 Heilung durch Rechtskrafterstreckung?

3.3 Heilung durch Gestaltungswirkung des Urteils?

3.4 Heilung durch formlose Prozeßerklärung der Behörde?

./.

In Rechtsprechung und Schrifttum wird zum Teil die Auffassung vertreten, privatrechtliche Zustimmung des Dritten bzw. Ergänzungsakt ihm gegenüber erübrigten sich, wenn er im Anfechtungsprozeß des Adressaten gegen den Hauptakt beigeladen sei. Obwohl der Umfang der Beiladungswirkung letztlich ein prozessuales Problem ist, soll dies bereits jetzt erörtert werden. Einmal bleibt so der Zusammenhang gewahrt, zum anderen spricht man hier der Beiladung materiellrechtliche Wirkungen zu.

1. Literatur

1.1 Erweiterung der Beiladungswirkung durch die Rechtsprechung

Beim Ergehen einer baurechtlichen Beseitigungsanordnung gegenüber nur einem von mehreren Miteigentümern (hier Ehemann) hat das BVerwG auf dessen Revision hin ausgeführt: "... könnte die Beseitigung des Hauses nur erzwungen werden, wenn auch gegenüber der Ehefrau eine unanfechtbar gewordene Beseitigungsverfügung vorläge oder wenn sie Beigeladene in diesem Verfahren wäre, wodurch eine gerichtliche Bestätigung der Beseitigungsverfügung auch ihr gegenüber Rechtskraft erlangen würde".¹⁾ Das Gericht ließe damit nach Beiladung des Drittberechtigten und Rechtskraft eines klageabweisenden Urteils die unmittelbare zwangsweise Durchsetzung des Hauptaktes auch gegen diesen Dritten zu; gegen ihn sollte also durch derartiges Verfahren ein echter Vollstreckungstitel geschaffen bzw. ersetzt werden. Der BayVGh,²⁾ an den der Rechtsstreit zurückverwiesen wurde, war an diese Rechtsauffassung gebunden (§ 130 Abs. 2 VwGO) und sah wohl schon deshalb keinen Anlaß, sich mit ihr kritisch auseinanderzusetzen.

In einem sachlich völlig gleichgelagerten Fall formulierte das OVG Hamburg³⁾: "Sobald die Verfügung ... unanfechtbar wird, kann die Beigeladene infolge der Rechtskraftwirkung (§ 121 VwGO) weder der Beklagten noch dem Kläger gegenüber in Abrede nehmen, daß der Anbau nach öffentlichem Recht zu beseitigen ist". Aus

1) BVerwG, DVBl. 1966, 792, Die Begründung ist dabei nicht speziell auf Gemeinschaften beschränkt, sie wäre auf andere Fälle entgegenstehender privater Drittrechte genauso anwendbar.

2) BayVBl. 1968, 252

3) VerwRSpr. 18, Nr. 143

dem Zusammenhang der Entscheidung ⁴⁾ wird ersichtlich, daß das OVG - anders als die genannte Entscheidung des BVerwG - offenbar einen Vollstreckungstitel gegen den Dritten nicht als ersetzt ansieht. Freilich werden seine vorher vorhandenen Gegenrechte als endgültig präkludiert betrachtet.

Mit eingehender, zum Teil sehr verwickelter und neuartiger Begründung stimmt Martens im wesentlichen dem BVerwG zu. Er geht davon aus, der VA enthalte hier zwei Bestandteile, einmal die Feststellung, das Gebäude sei wegen Widerspruchs zu materiellem Baurecht zu beseitigen, zum anderen ein Gebot zum Abbruch gegenüber dem Adressaten. Die genannte Feststellung sei "notwendig einheitlich" gegenüber allen Miteigentümern, sie könne erst rechtsbeständig werden, wenn der Dritte zustimme oder wenn das Verwaltungsgericht "bei Beteiligung aller im Prozeß den Verwaltungsakt nicht aufhebe". ⁵⁾ Bestätige das Verwaltungsgericht nach erfolgter Beiladung den VA, so sei auch der Dritte infolge Rechtskraft des Urteils an die Feststellung gebunden. Voraussetzung sei allerdings "selbstverständlich" eine Erklärung der Behörde im Prozeß, sie sei "mit Einbeziehung des Dritten in die vom Kläger angefochtene Regelung einverstanden". ⁶⁾ Derart werde eine Duldungsanordnung gegenüber dem Dritten in vollem Umfang ersetzt. Sollte er freilich zu aktivem Handeln angehalten werden, so könne das Urteil lediglich die "Leistungspflicht feststellen". Einen auch insoweit vollstreckbaren Titel gegen den Dritten erlange die Behörde jedoch durch Erlaß eines Bescheides, "der diese Feststellung wiederholt und durch das Moment der Vollziehbarkeit ergänzt". ⁷⁾ Neben dieser differenzierten Betrachtung der Vollstreckbarkeit besteht der wesentliche Unterschied gegenüber der Auffassung des BVerwG in folgendem: Martens verlangt eine ausdrückliche Erstreckung der Regelung durch die Behörde auch auf den Dritten, nimmt allerdings an, dies sei durch formlose Erklärung im Rahmen des anhängigen Prozesses möglich.

4) Nach den Ausführungen am Ende des veröffentlichten Teils der Entscheidung geht das Gericht wohl davon aus, daß auch die Beiladung des Dritten nicht zu Vorgehen gegen ihn mit Zwangsgeld berechtigt.

5) Martens, VerwArch. 1969, 197/225

6) Martens, a.a.O., S. 226

7) Martens, a.a.O., S. 227

1.2 Kritische Stimmen

Solche von Martens, dem BVerwG und dem OVG Hamburg vertretene Erweiterung der Beiladungswirkung ist allerdings überwiegend auf Kritik gestoßen - das BVerwG hat seine damalige Entscheidung deshalb inzwischen auch wieder aufgegeben. ⁸⁾

So lehnt vor allem Proksch ⁹⁾ die Meinung ab, die Beiladung schaffe über § 121 VwGO einen vollstreckbaren Titel gegen den Dritten. Rechtskrafterstreckung des Urteils auf den Beigeladenen könne nur dazu führen, daß der unterlegene Anfechtungskläger die Beseitigung vorzunehmen habe und daß der Beigeladene diese Verpflichtung des Anfechtungsklägers nicht mehr in Frage stellen könne. Keinesfalls ergebe sich daraus aber eine selbständige Verpflichtung des Beigeladenen zur Beseitigung oder eine Duldungspflicht gegenüber der Beseitigung durch den Adressaten. Es fehle insoweit ein seine persönliche Rechtspflicht begründender Titel, der aber zur Durchsetzung der Beseitigung im Zwangswege erforderlich sei.

Bettermann ¹⁰⁾ spricht sich in einer Urteilsanmerkung ebenfalls gegen die damalige Auffassung des BVerwG aus. Freilich betrachtet er die Rechtslage bei Unterbleiben einer Beiladung und verneint deshalb im Gegensatz zum BVerwG die Notwendigkeit der Beiladung. Eine Rechtskrafterstreckung gegenüber dem nicht beigeladenen Dritten erfolge hier nicht; dazu fehle eine gesetzliche Grundlage, auch die in der ZPO entwickelten Grundsätze über Urteilsdrittwirkung kraft Abhängigkeit seien nicht anwendbar. Bettermann scheint allerdings das BVerwG mißzuverstehen, wenn er ausführt: "der IV. Senat irrt, wenn er annimmt, daß eine gerichtliche Bestätigung auch ihr, der nicht beigeladenen Ehefrau gegenüber Rechtskraft erlangen würde". Das hat das BVerwG nicht behauptet. Das Gericht bejahte Rechtskrafterstreckung eben nur dann, wenn die Ehefrau beigeladen worden wäre, nicht aber, wenn diese Beiladung unterblieb. Gerade zur Erweiterung dieser Rechtskraft wollte ja das Gericht beiladen, nur aus der sonst nicht erfolgenden Erweiterung wurde die Notwendigkeit der Beiladung überhaupt hergeleitet. ¹¹⁾

8) Vgl. BVerwG, BayVBl. 1973, 161/162

9) BayVBl. 1968, 252; das BVerwG folgt seiner Begründung im wesentlichen in der neuen Entscheidung (vgl. Fußnote 8).

10) DVBl. 1966, 793

11) Ob dies freilich zu Recht erfolgte, ist eine andere Frage, die erst im verfahrensrechtlichen Teil eingehend geprüft wird.

1.3 Präzisierung der Fragestellung

Zunächst muß klar gesehen werden, welche verschiedenen Fragen sich überhaupt stellen: Einmal steht zur Debatte, ob sich aufgrund der erfolgten Beiladung, des klageabweisenden Urteils oder einer Verfahrenserklärung der Behörde die Zustimmung des Dritten erübrigt, ob der Hauptakt damit rechtmäßig wird; hier wäre die erste Funktion des Ergänzungsakts, die Einschränkung der privaten Drittrechte, übernommen. Etwas anderes ist es, ob seine zweite Funktion, die des Vollstreckungstitels gegenüber dem Dritten, auf diese Art erfüllt werden kann, ob der eigentliche Verwaltungsbefehl des Ergänzungsakts ersetzt wird, sei er auf Handlung oder Duldung gerichtet. Völlig davon zu trennen und in diesem Zusammenhang noch nicht zu erörtern ist schließlich, ob aus etwaiger Funktionsübernahme die Notwendigkeit der Beiladung gemäß § 65 Abs. 2 VwGO herzuleiten ist.

Beachtet werden muß dabei auch, daß die Anwendung dieser Grundsätze durchaus nicht auf Verwaltungsakte gegen einzelne Mitglieder von Gemeinschaften beschränkt bliebe. Mit gleicher Begründung könnten entsprechende Folgerungen auch für alle anderen Fälle entgegenstehender privater Drittrechte gezogen werden.

2. Schafft die Beiladung einen Vollstreckungstitel gegen den Dritten?

Diese Frage soll zuerst erörtert werden, da die der Beiladung zugesprochene Wirkung hier zweifelsohne am umfangreichsten wäre.

2.1 Ablehnung der früheren Auffassung des BVerwG

Die vom BVerwG in der genannten Entscheidung vertretene, inzwischen aufgegeben Auffassung erscheint in der Tat unhaltbar. Den schon von Proksch angeführten Argumenten ist kaum etwas hinzuzufügen. Ein Urteil ist zwar in der Regel selbst ein vollstreckbarer Titel, eine Vollstreckung daraus mag auch gegen den Beigeladenen durchaus möglich erscheinen. Dies gilt jedoch nicht für die Hauptsacheentscheidung über die verwaltungsgerichtliche Anfechtungsklage. Das Urteil ist hier - egal, ob abweisend oder stattgebend - aus begrifflichen Gründen allein im Kostenpunkt vollstreckungsfähig.¹²⁾ Vor allem schafft die bloße Abweisung einer Anfechtungsklage keineswegs

12) Eyermann-Fröhler, RNRn. 4, 6 zu § 167 VwGO - bei klageabweisenden Urteilen gilt dies übrigens allgemein.

die Grundlage dafür, daß aus dem angefochtenen VA - noch dazu gegen einen Dritten - vollstreckt werden kann. Ließe sich ein VA aus irgendwelchen Gründen gegenüber dem Kläger nicht vollstrecken, so änderte daran auch eine Klageabweisende Entscheidung nichts. Derartige Vollstreckbarkeit kann ausschließlich durch ein Handeln der Behörde, nicht durch ein Urteil des Gerichts herbeigeführt werden. Der Titel gar gegen einen lediglich beigeladenen Dritten kann dann umso weniger dadurch ersetzt werden, dessen persönliche Rechtspflicht kann auch nicht etwa "bestätigt" werden, da sie überhaupt nicht vorhanden ist. Zudem wäre dieses Leistungs- oder Duldungsgebot gegenüber dem Beigeladenen nicht Streitgegenstand, könnte daher nicht unter die Rechtskraftwirkung nach § 121 VwGO fallen. ¹³⁾ Streitgegenstand könnte allenfalls sein, ob der Adressat, nicht aber, ob der Dritte durch den VA verpflichtet wird. Eine Regelung ist durch den VA nur gegenüber dem Adressaten eingetreten, der Dritte wurde von der Behörde in diese Regelung - wenn vielleicht auch zu Unrecht - gerade nicht einbezogen. Angefochten werden kann dann aber auch nur diese Regelung, soweit sie überhaupt vorhanden ist; nur in diesem Umfang kann auch das Urteil die Regelung "bestätigen". Andernfalls würde man nicht nur die subjektiven, sondern die objektiven Grenzen der Rechtskraft infolge der Beiladung als erweitert ansehen. Das aber wäre unzutreffend.

2.2 Ablehnung der Auffassung von Martens

Auch Martens kann nicht zugestimmt werden. Eine Differenzierung zwischen Handlungs- und Duldungspflichten ist unberechtigt. Der VA auf Duldung ist nur ein Sonderfall der Verpflichtung zur Unterlassung. Er enthält - ebenso wie etwa eine Beseitigungsanordnung - ein echtes Gebot. Es wird vom Adressaten verlangt, daß er gegen bestimmte Handlungen anderer nichts unternimmt. Dieses Gebot ist, genau wie die Auferlegung einer Handlungspflicht, vollstreckungsfähig und vollstreckungsbedürftig. Es könnte daher allenfalls die "Feststellung" der Duldungspflicht im Urteil bestätigt werden. Dabei aber handelt es sich im Grunde um nichts anderes als die in jedem derartigen VA enthaltene Ersetzung der privatrechtlichen Zustimmung, die vom eigentlichen vollstreckbaren Handlungs- oder Duldungsbefehl zu unterscheiden ist. Auch sie jedoch ist nicht Streitgegenstand der Anfechtungsklage. Ferner müßte, wie gesagt, selbst für "Duldung"

13) So mit näherer Begründung auch BVerwG, BayVBl. 1973, 161/162.

ein über diese Ersetzung hinausgehender persönlicher Titel, ein Duldungsbefehl, vorhanden sein. Entscheidender Unterschied der Auffassung von Martens gegenüber der des BVerwG ist jedoch: Er verlangt, daß die Behörde im Prozeß die Regelung auf den Dritten zumindest durch formlose Erklärung erstreckt bzw. solcher Erstreckung durch das Gericht zustimmt. Dann aber würden die behaupteten rechtlichen Folgen nicht in erster Linie von der Beiladung, der Rechtskraft, herrühren, sondern von dieser Erklärung der Behörde. Sie würde den VA gegen den Dritten ersetzen, das Urteil könnte ihn dann nur noch bestätigen. Auf diese Konstruktion soll später noch näher eingegangen werden.

3. Heilt die Beildung die Rechtswidrigkeit des isolierten Hauptaktes?

3.1 Heilung durch gerichtlichen Beiladungsbeschluß?

Zunächst muß klargestellt werden, daß derartige Rechtsfolgen keinesfalls allein von dem bloßen Ergehen des Beiladungsbeschlusses ausgehen können. Dieser ist allein nicht in der Lage, irgendwelche materiellrechtliche Folgen herbeizuführen, etwa die Zustimmung des Dritten zu ersetzen. Seine Konsequenz ist lediglich eine hier nicht näher zu erörternde tatsächliche Beteiligung des Dritten am Verfahren und deren rechtliche Sicherung. Der Beiladungsbeschluß als solcher schafft lediglich prozessuale Rechte und Pflichten, für die materielle Rechtslage könnte er nur mittelbar als Voraussetzung für die Erstreckung einer Rechtskraft- oder Gestaltungswirkung des Urteils auf den Dritten bedeutsam werden.

3.2 Heilung durch Rechtskrafterstreckung?

Es ließe sich argumentieren, mit Eintritt der Rechtskraft sei über die Rechtmäßigkeit des ergangenen VA wegen § 121 VwGO abschließend auch gegenüber dem Beigeladenen entschieden, seine Zustimmung zum behördlich vom Adressaten verlangten Verhalten erübrige sich. Damit würde aber das Problem verkannt. Ob nach Rechtskraft des Urteils der beigeladene Dritte sich noch wehren kann, mag dahingestellt bleiben. Er kann es aber jedenfalls vor Rechtskraft, d. h. vor allem auch im Laufe des anhängigen Verwaltungsgerichtsverfahrens. Die wirkliche Frage wäre hier, ob das Gericht trotz der fehlenden Zustimmung die Klage überhaupt abweisen darf. Daß der VA in diesem

Falle wegen Verstoßes gegen Art. 20 Abs. 3 GG rechtswidrig ist, wurde eingehend dargelegt, schon allein aus diesem Grunde muß der VA aufgehoben werden, jedes andere Urteil wäre fehlerhaft. ¹⁴⁾ Die zwar an sich denkbare Rechtskraftwirkung eines falschen Urteils kann aber das Gericht keineswegs quasi "vorziehen" und deshalb auf Klageabweisung entscheiden: Die Rechtskraft träte auch hier erst mit Ablauf der Rechtsmittelfristen bzw. mit der Entscheidung letzter Instanz ein. Vorher aber ist die Begründetheit der Klage zu prüfen und hier zu bejahen.

3.3 Heilung durch Gestaltungswirkung des Urteils?

Es ließe sich daran denken, die Zustimmung des Dritten werde durch eine sofort eintretende Gestaltungswirkung ersetzt, der (ungeschriebene) erste Teil des Urteilstenors laute: "Die Zustimmung des X wird ersetzt", erst dann werde die Anfechtungsklage abgewiesen. In der Tat gibt es in der Literatur vergleichbare Konstruktionen. Aus dem Zivilprozeß ist besonders die vom Reichsgericht entwickelte Auffassung über die Durchführung der kaufrechtlichen Wandelung bzw. Minderung nach §§ 459 ff. BGB bekannt. ¹⁵⁾ An sich müßte hier zunächst wegen § 465 BGB auf Vollzug z. B. der Wandelung, d. h. auf Abgabe einer Willenserklärung, geklagt werden. Erst anschließend wäre ein Anspruch auf Rückerstattung des Kaufpreises gerechtfertigt. Die Rechtsprechung hat aber hier sofortige Klage auf Zahlung zugelassen. Als Begründung wird im wesentlichen angeführt, der Abschluß eines Wandelungsvertrages, d. h. das Einverständnis des Gegners nach § 465 BGB, werde durch das Urteil ersetzt; demnach sei auch die unmittelbare Klage auf Zahlung begründet. Auch im verwaltungsgerichtlichen Verfahren gibt es einen ähnlichen Fall. Klagt jemand eine behördliche Genehmigung ein, deren Erteilung verwaltungsintern der Zustimmung einer anderen Behörde bedarf, so wird diese Zustimmung durch das Urteil ersetzt, wenn die Drittbehörde beigeladen ist. Nach Meinung des BVerwG ¹⁶⁾ braucht der Bürger nicht beide Behörden gemeinsam zu verklagen, die eine auf Zustimmung, die andere auf Erlaß des VA; das Verwaltungsgericht ist nicht gezwungen, die Klage auf Genehmigung wegen Fehlens der Zustimmung als unbegründet

14) Bettermann, DVBl. 1966, 793, spricht hier zutreffend davon, das BVerwG hätte "durchentscheiden" müssen.

15) Vgl. Palandt, Anm. 1 zu § 465 BGB.

16) Grundsätzlich (zu § 36 BBauG für das Verhältnis zwischen Staat und Gemeinde): BVerwG, BayVBl. 1966, 421.

abzuweisen. Dies beruht auf der Erwägung des BVerwG, daß Streitgegenstand der materiellrechtliche Anspruch des Bürgers auf Erteilung der Genehmigung sei, das Gericht daher in vollem Umfang über dieses Recht entscheiden könne und müsse. Dann aber dürfe man ihm auch nicht das Recht absprechen, über die fehlende Zustimmung hinwegzugehen, sie durch Urteil gleichsam vorwegzunehmen, wenn nur die Drittbehörde beigeladen sei. Diese Vorwegnahme müßte dann aber bereits durch die sofortige Gestaltungswirkung des Urteils herbeigeführt werden, untauglich dafür ist die erst später eintretende Rechtskraft.

Es fragt sich, ob jene Konstruktionen auf Fälle der hier vorliegenden Art entsprechend anwendbar erscheinen. Ein wesentlicher Unterschied ist sofort ersichtlich: Dort handelte es sich um die Gestaltungswirkung eines zusprechenden Urteils, hier müßte gerade zur Klageabweisung die Gestaltung erfolgen. Wurde dort zur Vermeidung von zwei sonst hintereinander zu führenden Prozessen, d. h. letztlich aus Gesichtspunkten der Verfahrensökonomie und des wirksamen Rechtsschutzes, die Wirkung von zwei Urteilen in zwei Verfahren gewissermaßen "zusammengefaßt", so würde hier der Behörde, also dem Beklagten, ein Vorgehen gegen den Dritten (z. B. durch Duldungsanordnung) erspart. Nicht der Kläger will und braucht hier die Zustimmung, sondern der Beklagte. Schon nach Sinn und Zweck der Rechtsprechung bestehen daher größte Bedenken gegen eine Gleichsetzung. Die Parallele zur Rechtsprechung zu § 36 BBauG und ähnlichen Vorschriften ist ferner noch aus folgendem Grund zweifelhaft: Handelte es sich dort um eine Verpflichtungsklage, so kommt hier eine Anfechtungsklage in Betracht. Konnte dort das BVerwG auf den materiellrechtlichen Anspruch des Klägers als eigentlichen Streitgegenstand durchgreifen, so läßt sich hier Ähnliches kaum vertreten. Oder soll man wirklich die abstrakte materielle Berechtigung der Behörde zum Eingriff als Streitgegenstand der Anfechtungsklage ansehen? Fragen des Verwaltungsverfahrens, der notwendige Erlaß eines VA überhaupt, seine wirksame Bekanntmachung etc. würden hier völlig illusorisch. Das Gericht würde darüber entscheiden, ob die Behörde hätte eingreifen dürfen, nicht darüber, ob der tatsächlich erfolgte Eingriff rechtswidrig war, den Kläger in seinen Rechten verletzte, ob dieser ein Aufhebungsrecht hat. Ohne näher auf die verwickelte Problematik des Streitgegenstands bei Anfechtungsklagen eingehen zu müssen, kann man gegen eine solche Auffassung durchgreifende Bedenken finden.

Letzten Endes würde damit das Gericht die Wirkung eines VA der Behörde dem Dritten gegenüber herbeiführen, d. h. selbst materiell einen VA erlassen. Nicht eine bloß verwaltungsinterne Zustimmung, sondern eine echte Entscheidung mit Außenwirkung würde hier ersetzt. Das wäre ein klarer Verstoß gegen den Grundsatz der Gewaltenteilung. Anders als bei der Ersetzung der Zustimmung einer Behörde im Verpflichtungsurteil würde hier nicht mehr typisch richterliche Funktion wahrgenommen. Es würde nicht Rechtsschutz gewährt, sondern Verwaltung ausgeübt.

Zu all diesen Bedenken tritt noch folgendes: Soll der zunächst bestehende Mangel "geheilt" werden, so müßte die Gestaltungswirkung des Urteils tatsächlich geeignet sein, die Drittrechte auszuschalten. Dafür wären nur zwei Wege denkbar: Einmal könnte unmittelbar im Verhältnis Adressat - Dritter die privatrechtliche Zustimmung ersetzt sein. Das freilich verbietet sich schon mangels Zuständigkeit des Gerichts, da ein rein privatrechtliches Verhältnis vorliegt. Dieses privatrechtliche Verhältnis wäre hier auch einer an sich möglichen "Inzidententscheidung" nicht zugänglich: Die Gestaltungswirkung des Urteils ist keine bloße Vorfrage. Es würde durch das Gericht nicht allein ein vorgreifliches privates Rechtsverhältnis beurteilt, sondern über diese Frage im Urteilstenor - wenn auch unausgesprochen - verbindlich entschieden, die private Rechtslage würde sogar durch das Urteil gewollt und unmittelbar gestaltet. Dem stehen §§ 17 GVG, 40 VwGO entgegen. Zum anderen könnte sich im Verhältnis Behörde - Dritter durch das Urteil der Ergänzungsakt erübrigen. Dieses Verhältnis zwischen der Behörde und dem Dritten ist jedoch, gleich welcher Theorie man folgen mag, nicht als Streitgegenstand anzusehen. Entgegen der Auffassung von Martens wird nach ganz h. M. der Beigeladene nicht "Partei", er kann nicht "verurteilt" werden, ¹⁷⁾ dies schon gar nicht im Fall einer Abweisung der Klage.

3.4 Heilung durch formlose Prozeßklärung der Behörde?

In Anerkennung solcher Bedenken, v. a. wegen des Grundsatzes der Gewaltenteilung, verlangt Martens ¹⁸⁾ eine Einverständniserklärung

17) Vgl. z.B. Eyermann-Fröhler, RNr. 20 zu § 66 VwGO. Martens, VerwArch. 1969, 197/249 beruft sich zu Unrecht auf den Gedanken des § 75 Abs. 5 Sozialgerichtsgesetz, der eine Verurteilung zulasse: Die VwGO enthält eben gerade keine derartige Vorschrift.

18) a.a.O., S. 226

der Behörde im Prozeß für die Einbeziehung des Beigeladenen in die vom Kläger angefochtene Regelung. Damit wird ein Schritt von zwar praktisch geringer,¹⁹⁾ doch dogmatisch ganz erheblicher Bedeutung vollzogen. Die "Heilung" des isolierten VA gegenüber dem Kläger wird hier letztlich nicht mehr auf Rechtskraft oder Gestaltungswirkung des Urteils gestützt, sondern auf ein bestimmtes Verhalten der Behörde im Prozeß. Ob dann - wie Martens meint - auch diese formlose Erklärung in den Streitgegenstand mit einbezogen werden kann, d. h. ob auch ihre Rechtmäßigkeit in Rechtskraft erwächst, ist lediglich eine sekundäre Frage. Die Anordnung soll ja schon allein durch dieses Einverständnis ersetzt, der Hauptakt dadurch geheilt sein. Die vorherige Beiladung des Dritten würde hier die Möglichkeit schaffen, ihn zum Empfänger eines "VA durch Prozeßhandlung" zu machen. Wäre er nicht am Verfahren beteiligt, so wäre dies schon rein tatsächlich ausgeschlossen. Es bleibt zu prüfen, ob diese Art des Vorgehens einen an sich erforderlichen VA wirklich ersetzen kann. Martens²⁰⁾ sieht hier keine Bedenken. Diese Verfahrensweise stehe nicht im Widerspruch zum Wesen des Verwaltungsakts. Sei einmal Klage erhoben, so habe der ergangene VA "keine andere Bedeutung als jede Parteibehauptung über eine Rechtsfolge", die Behörde könne daher ihre Rechtsbehauptungen während des Prozesses auf einen anderen Beteiligten ausdehnen, der nicht Adressat des VA gewesen sei. Zulässig sei insbesondere auch die "Feststellung von Leistungspflichten des Beigeladenen" durch derartige Erklärung und durch Urteil. Hierzu habe zwar grundsätzlich ein förmlicher Bescheid zu ergehen, das sei jedoch nicht unbedingt nötig.

Zunächst ist Martens zuzugeben, daß ein förmlicher Bescheid nicht generell notwendig ist. Soweit im Einzelfall besondere Vorschriften fehlen, bestehen keine Bedenken dagegen, daß ein VA formlos erlassen werden kann. Eine ganz andere Frage ist, ob man dies auch im Rahmen einer prozessualen Erklärung zuläßt, und ob dieser neue VA - denn darum handelt es sich bei der "Erstreckung der subjektiven Grenzen der Regelung" - Gegenstand des anhängigen Verfahrens werden kann. In manchem vergleichbar erscheint der Streit, ob eine Prozeßerklärung der Behörde (v. a. Antrag auf Klageabweisung) den Widerspruchsbescheid ersetzen kann. Entgegen der wohl herrschenden

19) Die Behörde wird in der Regel ihre Prozeßaussichten nicht durch Schweigen verschlechtern wollen.

20) a.a.O., S. 226

Meinung wird dies vom BVerwG ²¹⁾ bejaht. Doch treffen selbst die dort angeführten, vor allem verfahrensökonomischen Argumente für unseren Fall nicht zu. Hat die Behörde einen VA erlassen und läßt sie sich trotz unterbliebenen Widerspruchsverfahrens im Prozeß zur Sache ein, so zeigt sie eindeutig, daß sie an der bereits von ihr ausgesprochenen Regelung festhalten will. Die Durchführung des Widerspruchsverfahrens kann mit wenigstens einiger Berechtigung als "bloße Formalität" bezeichnet werden. Anders aber hier: Es ist bisher überhaupt noch keine Maßnahme gegen den Dritten ergangen. Der Behörde stünden meist mehrere Möglichkeiten für die Durchsetzung ihres Willens zur Verfügung, sie könnte sogar angesichts der Drittrechte auf ihr Vorhaben verzichten. Vor allem könnte sie zunächst auch versuchen, die Zustimmung des Dritten ohne Zwang zu erreichen. Nicht das sofortige Vorgehen mit hoheitlichen Mitteln sollte daher in eine solche Prozeßerklärung hineingelegt werden. Es läge viel näher, in ihr eine Anregung gegenüber dem Dritten zur Zustimmung zu sehen. Gegen die Ersetzung des Ergänzungsakts durch Prozeßerklärung sind ferner - und zwar verstärkt - alle Gesichtspunkte anzuführen, die Kritiker des BVerwG zur Frage des unterbliebenen Widerspruchsverfahrens aufzeigten. Zum einen ist die Rechtsnatur einer prozessualen Erklärung wesensverschieden von einem Verwaltungsakt. Das Argument von Martens, der VA werde im Verfahren bloße Parteibehauptung, trifft nicht zu und führt nur zu einer völligen Verwischung der Grenzen und einschlägigen Rechtsinstitute. Der tatsächlich ergangene VA ist durchaus nicht belanglos: Er steckt vielmehr nach der gesetzlichen Regelung die Grenzen des Streitgegenstandes in negativer Hinsicht ab, nur seine Aufhebung bzw. die seiner rechtlichen Folgen kann der Kläger im Wege der Anfechtungsklage verlangen. Zum zweiten käme die Behörde in eine Zwangslage, die bei Ersetzung der Zustimmung eines bisher unbeteiligten Dritten besonders bedenklich wäre. Um den Prozeß zu gewinnen, würde und müßte sie diese Erstreckung vornehmen, von einer sachgerechten Ausübung des meist eingeräumten Ermessens könnte hier wohl schlecht gesprochen werden. Drittens wäre hier der völlige Verzicht auf Durchführung eines Widerspruchsverfahrens besonders bedenklich

21) BVerwGE 14, 309; 15, 306; a. A. z. B. Eyermann-Fröhler, RNr. 2 zu § 68 VwGO; P. Bähr, Die maßgebliche Rechts- und Sachlage für die gerichtliche Beurteilung von Verwaltungsakten, S. 100; Menger-Erichsen, VerwArch. 54, 402 mit eingehender Begründung.

und liefe auf eine Umgehung der zwingenden Vorschriften der §§ 68 ff. VwGO hinaus. Mag man dies bei Identität aller Beteiligten gerade noch für vertretbar halten, so ist es kompromißlos abzulehnen, wenn wie hier überhaupt ein Dritter erstmals betroffen wird. Die Durchführung eines Widerspruchsverfahrens gegen den Ergänzungsakt wäre hier auch keine "bloße Formalität": Die Verhältnisse beim schon abgewiesenen Widerspruch des Klägers gegen den Hauptakt können z. B. durchaus verschieden von denen sein, die bei Ergänzungsakt und Widerspruchsbescheid gegenüber dem Dritten zugrunde zu legen wären. Auch dieser Weg führt also nicht zu einer Lösung, eine Prozeßhandlung vermag den Ergänzungsakt nicht zu ersetzen.

./.

§ 9 Grundsätze zur Wahl des Mittels

1. Die tatsächliche Möglichkeit verschiedenen Einschreitens
2. Zustimmung - Handlungsgebot - Duldungsgebot
 - 2.1 Zustimmung - Verwaltungsbefehl
 - 2.2 Handlungsbefehl - Duldungsbefehl
3. Das Problem der "Störerwahl"
 - 3.1 Die Störerwahl im Spannungsfeld zwischen öffentlichen Interessen (Eignung des Mittels) und Interessen des Betroffenen (Verhältnismäßigkeit)
 - 3.2 Ausübung und Überprüfung der behördlichen Ermessensentscheidung

./.

1. Die tatsächliche Möglichkeit verschiedenen Einschreitens

Es wurden in §§ 6 und 7 mehrere Wege gezeigt, die zu einer Ausschaltung der privaten Drittrechte führen können. In der Praxis entspricht es durchaus der Regel, daß die Behörde im konkreten Einzelfall eine Wahlmöglichkeit für ihr Vorgehen, insbesondere in der Kombination von mehreren gleichen oder verschiedenen Anordnungen, hat. Sie kann insbesondere oft aussuchen, ob sie gegen alle gleichmäßig oder gegen wen sie eine Handlungs-, gegen wen eine Duldungsanordnung verhängen will. Einige Beispiele mögen dies noch verdeutlichen: Baute A auf einem ihm gemeinsam mit B und C gehörenden Grundstück ein baurechtswidriges Haus, das ins Miteigentum aller überging, so bestehen unter anderem folgende Möglichkeiten: Die Behörde befiehlt allen Miteigentümern gleichmäßig Beseitigung oder sie verlangt von A Beseitigung, von B und C bloße Duldung oder sie befiehlt C Abbruch, A und B lediglich Duldung, weil etwa C am Ort wohnt, finanzkräftiger ist usw. Besteht am Grundstück des X ein Nießbrauchsrecht für Y und darf keiner allein einen bestehenden Gefahrenzustand etwa durch Aufschüttung eines Grabens beseitigen, so bieten sich für die Behörde ebenfalls mehrere Wege an: Sie kann gegen beide mit Handlungsbefehlen oder gegen einen mit Handlungs-, gegen den anderen mit Duldungsanordnung einschreiten. Es können oft wahlweise (auch nebeneinander) mehrere Personen in Anspruch genommen werden, häufig ist neben einem Eigentümer ein Gewalthaber, sind Zustands- und Verhaltensstörer, oft auch jeweils mehrere von jeder Kategorie vorhanden, unter Umständen haben wir es neben einem "einfachen" auch mit einem oder mehreren "Doppel"-Störern zu tun.

Im folgenden soll nun geprüft werden, ob für das Verhalten der Behörde bestimmte Leitlinien gelten oder ob ihr in manchen Fällen oder gar immer der einzuschlagende Weg rechtlich verbindlich vorgeschrieben ist. Die "Wahl des Mittels" wird also in einem weiteren Sinne bezogen auf alle denkbaren Verhaltensweisen der Behörde, hier dem öffentlichen Interesse Genüge zu tun. Dabei sind zwei Problemkreise zu untersuchen:

- (a) Welche Handlungen der Behörde sind vorzuziehen?
- (b) Wie sind unterschiedliche Handlungen - genauer: Anordnungen - auf mehrere Personen aufzuteilen?

Im ersten Fall steht der Verwaltungsbefehl, der Ergänzungsakt der Behörde im Vordergrund; das Verhältnis zur "freiwilligen" Zustimmung sowie "intern" das zwischen Handlungs- und Duldungsbefehl wird näher beleuchtet. Der zweite Teil geht mehr von den betroffenen Personen aus, beschäftigt sich mit dem Problem der "Störerwahl".

2. Zustimmung - Handlungsgebot - Duldungsgebot

2.1 Zustimmung - Verwaltungsbefehl

Wesentlich ist hier zunächst das Prinzip, obrigkeitliches Einschreiten, belastende Verwaltungsakte sollten auf die Fälle beschränkt bleiben, in denen sie unbedingt notwendig sind. Dabei darf freilich keine "rückschauende" Betrachtung angestellt werden, ob etwa bei früherem anderen (richtigen) Verhalten der Behörde spätere Zwangsmaßnahmen überflüssig geworden wären; allein entscheidend ist es, ob die Ersetzung der Zustimmung jetzt erforderlich ist. Das läßt sich ohne Bedenken dann bejahen, wenn der Dritte sein Einverständnis ausdrücklich verweigert, wenn er sich noch nicht entscheiden will oder trotz Aufforderung überhaupt nichts erklärt, wenn er seine Zustimmung nur unverbindlich, widerruflich oder unter sonstigen wesentlichen Vorbehalten erteilte. Bei ausdrücklicher Verweigerung des Einverständnisses ist die Möglichkeit des Ergänzungsakts ohnehin klar. Ebenso ist es in den anderen genannten Fällen: Auch hier ist die Zustimmung tatsächlich nicht erteilt, das private Gegenrecht nicht endgültig eingeschränkt, ein Ergänzungsakt wird erforderlich. Kein anderes Ergebnis kann schließlich wohl auch dann gelten, wenn der Dritte zwar mündlich zustimmt, eine weitergehende Festlegung aber ausdrücklich verweigert. Zwar ist hier die Privatrechtslage bereits durch die mündliche Erklärung umgestaltet, jedoch können für die Behörde im Streitfall erhebliche Beweisschwierigkeiten auftreten. Ihr darf daher in diesen und ähnlichen Fällen grundsätzlich nicht zugemutet werden, von ungesicherten Verhältnissen auszugehen. Es besteht ein öffentliches Interesse daran, daß der Hauptakt auf ein solides Fundament gestellt wird, ein Ergänzungsakt darf also hier erlassen werden. Einzig dann, wenn der Dritte seine Zustimmung verbindlich, endgültig und in der aus Beweisgründen erbetenen Form erteilt hat, wäre ein ohne besonderen Anlaß gegen ihn erlassener Ergänzungsakt überflüssig, damit als belastender VA mangels öffentlichen Interesses rechtswidrig (anfechtbar).

Noch eine weitere Frage stellt sich: Soll oder muß die Behörde auf privatrechtliche Einigung gütlich hinwirken, bevor sie hoheitlich durch Ergänzungsakt einschreitet? Rechtlich zu fordern ist solch ein Versuch keineswegs. Es ist schon mehr als zweifelhaft, ob man in die allgemeinen verwaltungsrechtlichen Grundsätze der Notwendigkeit und Verhältnismäßigkeit einen "vorherigen Güteversuch" überhaupt hineindeuten kann. Auch das verfahrensrechtliche Prinzip des rechtlichen Gehörs könnte - seine Geltung im Verwaltungsverfahren einmal unterstellt - vor Erlass eines Ergänzungsakts allenfalls Anhörung des oder der Betroffenen, nie aber Einwirkung auf sie fordern. Hinzu kommt hier, daß sich die Behörde bei aktiver Einflußnahme auf den Dritten in die Beziehungen zwischen Privatpersonen einmischen müßte. Hier ist aus mehrfachen Gründen größte Zurückhaltung geboten. Einmal wird die Behörde vor dem Hintergrund des drohenden "Ergänzungsakts" oft in eine echt entscheidende Rolle geraten. Ein Verstoß gegen den Gewaltenteilungsgrundsatz kann hier naheliegen, dies vor allem dann, wenn die privatrechtlichen Beziehungen zwischen den Parteien nicht unstrittig sind. Gerade dies wird aber der Hauptfall sein, in dem überhaupt ein "Vermitteln" praktisch sinnvoll sein könnte. Zum zweiten wären bei einem Ergänzungsakt die Rolle der Behörde und der Inhalt ihrer Entscheidung klar vorgezeichnet. Bei "Einwirkung" auf Zustimmung des Dritten aber geriete sie in die Funktion eines "Maklers", eines Vermittlers für vertragliche Regelungen in ganz vielfältig denkbaren Formen und Ausgestaltungen. Die Behörde würde damit für Inhalt, Form und rechtliche Unbedenklichkeit der Vereinbarungen in einem unzumutbaren Maße mitverantwortlich. Das kann keinesfalls ihre Pflicht sein. Freilich mag im Einzelfall ein Vorschlag der Behörde, der über die bloße Anhörung hinausgeht, zweckmäßig und zulässig erscheinen. Es sollten jedoch auch dann die rechtlichen Grenzen eingehalten werden und die tatsächlichen Gefahren solchen Vorgehens nicht völlig unbeachtet bleiben.

2.2 Handlungsbefehl - Duldungsbefehl

Soweit sich die Literatur mit dieser Frage befaßt, betrachtet sie meist die Duldungsanordnung als die den Betroffenen weniger belastende Maßnahme und begründet daraus unter Berufung auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit für den Regelfall ihren Vorrang gegenüber dem Befehl zum aktiven Handeln. ¹⁾ Dagegen ist allerdings zweierlei einzuwenden:

1) Proksch, BayVB1. 1968, 252; Wachsmuth, BayVB1. 1969, 265/266

Einmal wurde bereits in § 7 Abschnitt 3.3 gezeigt, daß hier weder logisch noch von der praktischen Belastung her ein generelles minus-minus-Verhältnis vorliegt, daß vielmehr die Duldungsanordnung als echtes "aliud" angesehen werden muß. Es ist durchaus Frage des Einzelfalles, welche der beiden möglichen Maßnahmen den Dritten härter trifft. An dieser Meinung ist festzuhalten, zur Begründung wird im einzelnen auf die früheren Ausführungen verwiesen.

Zum zweiten ist für die hier zu entscheidende Frage der Mittelwahl keinesfalls allein der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entscheidend. Mindestens gleiche Bedeutung hat die Überlegung, welches Vorgehen im Einzelfall das besser geeignete Mittel darstellt, mit welchem Ergänzungsakt die Störung der öffentlichen Ordnung schneller, endgültiger und sicherer beseitigt werden kann. Auch insoweit muß es durchaus der Betrachtung und Entscheidung im konkreten Fall überlassen bleiben, ob besser mit Duldungs- oder Handlungsbefehl gegen den Dritten vorgegangen wird. Die erste Alternative mag vermeiden, daß jeder der Betroffenen damit rechnet, der andere werde ja handeln, oder daß beide glauben, sie könnten nur gemeinsam tätig werden. Die zweite Möglichkeit wieder könnte das Argument des zu aktivem Tun Aufgeforderten ausschalten, daß er nicht handeln müsse, wo der andere untätig bleiben dürfe; gerade dieser Anschein ungerechter Behandlung dürfte erfahrungsgemäß zum stärksten Widerstand gegen alles behördliche Vorgehen führen und damit die Wirksamkeit der Maßnahmen entscheidend beeinträchtigen. Oft wäre es in der Tat gewisse Willkür, wer etwa von zwei Miteigentümern mit Handlungs-, wer mit Duldungsanordnung in Anspruch genommen wird.

Zusammenfassend läßt sich sagen: Es besteht für die Behörde keineswegs ein generelles Verbot von Handlungsbefehlen, wo Duldungsbefehle möglich sind. Vielmehr sind beide Wege grundsätzlich gleichberechtigt. Es ist durchaus Frage des Einzelfalles, ob eines dieser Mittel und welches vorzuziehen ist. In aller Regel wird man dies dem Ermessen der Behörde überlassen und eine gerichtliche Nachprüfung damit nur im Rahmen des § 114 VwGO zulassen.

3. Das Problem der "Störerwahl"

Zur Beseitigung einer Gefahr gibt das Ordnungsrecht der Behörde häufig Ermächtigungen zum Einschreiten gegen verschiedene Personen in die Hand. Nur sehr selten ²⁾ ist bestimmt, wer dann bevorzugt in

2) Vgl. z.B. Art. 5 Abs. 5 BayAGStPO

Anspruch zu nehmen ist, meist aber bleibt dieses Problem der Störerkonkurrenz ungeregelt. Im vorangegangenen Abschnitt war bei festliegender Rollenverteilung zwischen Adressat und Drittem nur zu erörtern, ob und mit welchem Inhalt ein Ergänzungsakt gegen den Dritten erlassen werden sollte. Jetzt handelt es sich darüber hinaus um die Frage, an wen die Behörde überhaupt den Hauptakt, an wen sie den Ergänzungsakt adressieren will.

3.1 Die Störerwahl im Spannungsfeld zwischen öffentlichen Interessen (Eignung des Mittels) und Interessen des Betroffenen (Verhältnismäßigkeit)

Da die Behörde an sich gegen jeden von mehreren Verpflichteten vorgehen kann, ist ihr im Prinzip dafür Ermessensfreiheit eingeräumt.³⁾ Freilich haben sich vor allem im Hinblick auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit für die Ausübung dieses Ermessens gewisse Richtlinien herausgebildet. Bei vorherrschender Uneinigkeit über Berücksichtigung und Gewicht einzelner Merkmale werden als von der Behörde vordringlich anzustellende Erwägungen und besonders zu beachtende Gesichtspunkte genannt:⁴⁾

- möglichst schnelle und einfache Erreichung des gewünschten Erfolges,
- vorrangige Inanspruchnahme des Verhaltens- vor dem Zustandsstörer, des Doppelstörers vor dem einfachen Störer,
- der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit,
- die zeitlich und örtlich größte Schadensnähe,
- die persönliche und sachliche Leistungsfähigkeit,
- der Grad von Nachteilen für den Betroffenen,
- subjektive Momente wie Verschulden,
- die privatrechtliche Verpflichtung der Beteiligten im Innenverhältnis,
- der Umfang der rechtlichen und tatsächlichen Einwirkungsmöglichkeit,
- die Verhältnisse des Einzelfalles.

Alle diese Richtlinien lassen sich letztlich auf zwei Prinzipien zurückführen: Das ist einmal die Forderung nach größtmöglicher

3) Allg. Meinung. z.B.: PrOVGE 70, 419/422; 105, 229/230; Wolff, Verwaltungsrecht III, § 127 I d) 3; Drews-Wacke, Polizeirecht, S. 229 und 245; Jellinek, Verwaltungsrecht, S. 443.

4) Vgl. dazu vor allem Drews-Wacke, Polizeirecht, S. 229, 230, 245, 246 mit einer Aufzählung zahlreicher Aspekte und umfangreichen weiteren Nachweisen.

Wirksamkeit der Maßnahme, d. h. der möglichst schnellen, sicheren, einfachen und völligen Beseitigung des ordnungswidrigen Zustandes. Zum anderen ist es das Postulat der Gerechtigkeit, d. h. der geringstmöglichen Belastung und einer möglichst gleichmäßigen Behandlung gleichartig beteiligter Personen. Geht man beim ersten Grundsatz mehr von der Seite der Behörde aus, damit von dem Bedürfnis der Allgemeinheit, so handelt es sich beim zweiten um die Belange der speziell von der Maßnahme Betroffenen. Da oberstes Ziel allen Ordnungsrechts die Befriedigung des öffentlichen Interesses ist, geht im Konfliktfall die erste Forderung der zweiten vor. Ist der einzelne einmal als Störer anzusehen, so sind zunächst Gesichtspunkte der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, der Allgemeinheit, seinen eigenen gegenüber vom behördlichen Standpunkt aus vorrangig. Freilich bestehen auch dafür Grenzen, wenn das Gewicht von Merkmalen extrem verschieden ist.

3.2 Ausübung und Überprüfung der behördlichen Ermessensentscheidung

Welche Maßnahmen noch innerhalb der Grenzen pflichtgemäßen Ermessens liegen, ist völlig Frage des Einzelfalles. Praktisch immer werden einzelne Gesichtspunkte den ersten, einige den zweiten der genannten Grundsätze ausfüllen, oft dürften sie gerade entgegengesetztes Vorgehen nahelegen. Wie bei jeder Ermessensentscheidung sind dabei im Regelfall mehrere denkbare Arten des Verhaltens als "richtig", damit als rechtmäßig, anzuerkennen. Es bedarf stets einer wertenden Entscheidung, die gerichtlicher Kontrolle nur in den Grenzen des § 114 VwGO unterliegt. Dagegen kann und muß das Verwaltungsgericht anders als die Abwägung des pro und contra bei der Ermessensentscheidung rein tatsächliche Umstände, die für einen der beiden Grundsätze sprechen, voll nachprüfen.

Für das erste Prinzip, den möglichst sicheren Erfolg, könnte es beispielsweise bedeutsam sein, wenn nur einer der Polizeipflichtigen im Einzelfall auch allein rechtlich in der Lage ist, auf die Sache einzuwirken, nicht dagegen der andere. Wendet sich die Behörde hier an den ersten, so gestaltet sich das Verfahren unkompliziert: Es muß nur eine einzige Anordnung ergehen, nur gegen eine Person eingeschritten werden, Widerstand eines Dritten ist nicht zu erwarten. Dafür spricht zudem der Grundsatz der Enthaltung einer Einmischung in privatrechtliche Angelegenheiten. Allerdings kann die Behörde hier nicht immer die Sachlage, die privaten Beziehungen, sofort

überblicken und ohne weiteres den Richtigen treffen. Ähnliche Schwierigkeiten bestehen auch bzgl. der Tatsache, daß etwa einer im Innenverhältnis privatrechtlich verpflichtet ist: Positive Kenntnis der Behörde hiervon wird es allerdings in der Regel nahelegen, daß man sich gerade an diesen Verpflichteten hält. Einmal ist von ihm generell weniger Widerstand zu erwarten, zum anderen spricht dafür auch ein Moment der Billigkeit. Beide Prinzipien weisen hier also in die gleiche Richtung. Erfolgsversprechend ist oft auch ein Vorgehen gegen den zeitlich und örtlich Schadennächsten, überhaupt gegen den leichter Erreichbaren. Hier kann auch die persönliche oder finanzielle Leistungsfähigkeit durchaus von Bedeutung werden.

Für den zweiten Grundsatz sprechen zum Teil gleiche - etwa privatrechtliche Verpflichtung im Innenverhältnis, Leistungsfähigkeit -, zum Teil andere tatsächliche Merkmale: So können hier die überwiegende Verursachung, ein etwaiges Verschulden, der Grad der aus der behördlichen Maßnahme zu erwartenden Nachteile und Schwierigkeiten, die Eigenschaft als Doppelstörer und ähnliches mehr von Belang sein. Bei diesem letzten Umstand sollte man allerdings nicht einen allgemeinen und ausnahmslosen Vorrang der Inanspruchnahme des Doppelstörers bzw. des Verhaltensstörers vor dem Zustandsstörer herleiten, es sei denn, es ist eine besondere gesetzliche Bestimmung vorhanden, die diese Frage ausdrücklich regelt.⁵⁾ Dagegen können Unterschiede in der Störereigenschaft je nach Sachlage durchaus den ersten oder zweiten Grundsatz "ausfüllen" und ein bestimmtes Vorgehen nahelegen. Dabei sind sie aber auch mit allen anderen Umständen abzuwiegen. Eine generell ausschlaggebende Höherwertigkeit der Störereigenschaft kann nicht bejaht werden, sie ist nur eines von vielen Merkmalen. Lediglich in dem wohl sehr seltenen Fall, in dem andere Gesichtspunkte ganz oder nahezu fehlen, mag man einen "subsidiären" Vorrang bejahen.

Aus all diesen Ausführungen ergibt sich, daß ins einzelne gehende Regeln für die Auswahl des Mittels und des Adressaten kaum möglich sind. Die nun folgenden Richtlinien sind daher stets "cum grano salis" zu verstehen. Sie sind in Situationen der vorliegenden Art anzustellen; zu ihnen treten aber immer noch weitere Überlegungen, die sich aus der konkreten Situation ergeben. Eine gerichtliche Überprüfung, ob diese "Regeln" eingehalten werden, findet nur im Umfang des § 114 VwGO statt. Unter diesem Vorbehalt hat die Behörde so

5) So Art. 5 Abs. 5 BayAGStPO für Maßnahmen der allgemeinen Ordnungsbehörde.

vorzugehen,

- (a) daß nur gegen einen eingeschritten werden muß, d. h. etwa so, daß sich eine Duldungsanordnung überhaupt erübrigt,
- (b) daß die bekannte, leistungsfähigere, tatnähere (z. B. am Ort wohnende) Person mit der Beseitigungsanordnung, die andere mit der Duldungsanordnung belegt wird,
- (c) daß die Maßnahme den stärker trifft, dem sie eher zuzumuten ist, der eher verantwortlich erscheint, daß dagegen bei gleichmäßig Verantwortlichen soweit möglich auch gleiche Maßnahmen ergehen,
- (d) daß der Doppelstörer vor dem einfachen Störer, der Verhaltensstörer vor dem Zustandsstörer belangt wird.

Hierbei kommt den Richtlinien (a) bis (d) jeweils abnehmendes Gewicht zu, jedoch sind ohne weiteres Ausnahmefälle denkbar, da die erforderliche Wertung auch das Gewicht der tatsächlichen Umstände im Einzelfall berücksichtigen muß.

./.

B) Der Zeitpunkt der Ausschaltung

§ 10 Das Problem "nachträglicher und vorübergehender Unmöglichkeit" im öffentlichen Recht

1. Rechtlicher Standort des Problems

1.1 Ansatzpunkte in der Literatur

1.2 Eigene Auffassung

2. Grundlegendes zum Problem des gerichtlichen Beurteilungszeitpunktes bei Anfechtungsklagen

2.1 Materiellrechtliche und prozeßrechtliche Probleme

2.2 Änderungen der Sach- und der Rechtslage

./.

1. Rechtlicher Standort des Problems

1.1 Ansatzpunkte in der Literatur

Wie schon mehrfach angedeutet, werden in der Rechtsprechung auch Überlegungen zu "nachträglichen" ¹⁾ Veränderungen der Umstände und ihren Einfluß auf die Rechtmäßigkeit des behördlichen Vorgehens angestellt. So erörtern die Gerichte vor allem, spätestens bis zu welchem Zeitpunkt ein Ergänzungsakt gegen den Dritten ergehen kann, ob er notwendig gleichzeitig mit dem Hauptakt oder erst bei dessen Vollstreckung wirksam sein muß. ²⁾ Sie prüfen, welche Folgen es hat, wenn eine zunächst zu erwartende, eine "wahrscheinliche" Zustimmung des Dritten später dennoch endgültig versagt wird. ³⁾ Im übrigen werden diese Fragen in der Literatur kaum aufgegriffen, und selbst dann bleibt ihre Beurteilung im Ergebnis weitgehend ungeklärt. So sprechen etwa Drews-Wacke ⁴⁾ davon, die "Verfügung werde nachträglich unmöglich", sobald der Dritte die Zustimmung verweigere und diese auch nicht mehr ersetzt werden könne. Deutet dies eigentlich auf die Annahme von Rechtswidrigkeit des VA hin, so wird das zweifelhaft, wenn unmittelbar im Anschluß daran unter Berufung auf die Rechtsprechung ausgeführt wird: "Solange die Einwilligung noch möglich ist, bleibt auch die Verfügung zulässig." Erbel ⁵⁾ unterscheidet zwar "nachträgliche und ursprüngliche" Unmöglichkeit, schweigt sich jedoch über die Rechtsfolgen dieser Trennung aus. Eine - im Gegensatz zur "dauernden" - nur "vorübergehende" Unmöglichkeit sieht er unter Berufung auf "den allgemeinen Rechtsgedanken, der § 308 BGB zugrundeliegt", als unschädlich an, beschränkt dies allerdings auf die "Zeitspanne, in der der Verwaltungsakt zweck- und fristgerecht ausgeführt werden muß". ⁶⁾

-
- 1) Dabei wird abgestellt auf den Zeitpunkt des Erlasses des Verwaltungsbefehls, genauer auf den des Zugangs an den Adressaten; vgl. etwa ProVGE 95, 121/124; ebenso Erbel, Unmöglichkeit, S. 50.
 - 2) Man läßt hier Nachholung bis zur Vollstreckung zu, betrachtet das Hindernis also als "vorübergehend" - vgl. OVG Berlin (AS) 6, 113/115; OVG Hamburg, VerwRSpr. 18, Nr. 143.
 - 3) Man verweist den Betroffenen dann auf Einwendungen im Vollstreckungsverfahren, sieht diese "nachträgliche" Unmöglichkeit also als unschädlich für die Rechtmäßigkeit des VA an - vgl. ProVGE 38, 179/182.
 - 4) Polizeirecht, S. 285
 - 5) Unmöglichkeit, S. 50 und 51
 - 6) a.a.O., S. 57 und dort auch Fußnote 197

Der wirkliche Standort der Probleme wird allerdings nicht klar genug erkannt, zumindest kommt dies in den genannten Äußerungen nicht zum Ausdruck. Beruhen mag dies vor allem darauf, daß die Konstruktion der "wahrscheinlichen" Zustimmung hier die Grenzen verwischte. Nur so konnte wohl das PrOVG ⁷⁾ ganz generell Folgerungen für die gerichtliche Entscheidung auf die Fälle beschränken, in denen die Ausführung "von vornherein" rechtlich oder tatsächlich unmöglich war. Den dann eigentlich konsequenten Schritt, auch die spätere Behebung einer zunächst bestehenden Unmöglichkeit durch nunmehr erteilte Zustimmung oder erlassenen Ergänzungsakt als unbeachtlich anzusehen, hat die Rechtsprechung jedoch nicht vollzogen. Vor allem verlangte man nie, ein Ergänzungsakt müsse gleichzeitig mit dem Hauptakt erlassen werden. Im Gegenteil wurde allgemein eine spätere Duldungsanordnung zugelassen und zum Sonderfall der gemeinschaftsinternen Verfügungsbeschränkungen immer wieder entschieden, die zweite Anordnung sei bis zur Vollstreckung nachholbar. ⁸⁾

1.2 Eigene Auffassung

Die hier auftretenden Probleme lassen sich mit Begriffen des bürgerlichen Rechts wie "nachträglicher" oder "vorübergehender" Unmöglichkeit nicht lösen. Ob Umstände nach Erlaß eines belastenden Verwaltungsakts für seine Rechtmäßigkeit von Bedeutung sind, ist eine Frage des maßgeblichen Zeitpunktes für die gerichtliche Beurteilung bei Anfechtungsklagen. Nur aus dafür zu entwickelnden allgemeinen Grundsätzen lassen sich die hier interessierenden Fragen beantworten. Dabei ist praktisch vor allem wichtig, wie das Gericht über eine Anfechtungsklage gegen den Hauptakt zu entscheiden hat, wenn erst nach dessen Erlaß eine vorher erteilte Zustimmung des Dritten wieder entfällt, ein Ergänzungsakt zurückgenommen, aufgehoben wird oder wenn erst später die Zustimmung erteilt wird, ein Ergänzungsakt überhaupt erst ergeht. In all diesen Fällen handelt es sich um Fragen des sogenannten "Beurteilungszeitpunktes bei Anfechtungsklagen". Obwohl auf einige grundsätzliche Überlegungen zur Frage des Beurteilungszeitpunktes hier wegen dessen zentraler Bedeutung nicht verzichtet werden kann, ist doch eine erschöpfende Darstellung und umfassende Erörterung des Streitstandes nicht möglich. Angebracht erscheint

7) PrOVGE 38, 179/182 - vgl. Fußnote 3.

8) Vgl. Fußnote 2.

daher eine Beschränkung auf die wesentlichen Grundzüge der Problematik sowie die Entwicklung und Begründung einer eigenen Auffassung.

2. Grundlegendes zum Problem des gerichtlichen Beurteilungszeitpunktes bei Anfechtungsklagen

2.1 Materiellrechtliche und prozeßrechtliche Probleme

Die Frage nach dem Beurteilungszeitpunkt bei Anfechtungsklagen gliedert sich nach heute ganz herrschender Meinung in zwei große Problemkreise:

- (a) Welche materiellrechtlichen Folgen hat die Änderung der Sach- oder Rechtslage; kann vor allem ein VA nachträglich "rechtmäßig oder rechtswidrig werden"?
- (b) Welche prozessualen Folgen hat die Änderung; vor allem welche Form der Klage ist für ihre Berücksichtigung gegeben

Scheinen hier materiellrechtliche und prozessuale Probleme auch sauber abgrenzbar zu sein, so darf doch ihre engste gegenseitige Verklammerung und Abhängigkeit nicht verkannt werden. Sachlich- und verfahrensrechtliche Fragen sind dabei vielfach ineinander verwoben. So wird etwa der materiellrechtliche Begriff "Rechtswidrigkeit eines Verwaltungsakts" in § 113 VwGO, also im Prozeßrecht, ausdrücklich verwandt, ist demnach auch aus dem Zusammenhang der Vorschriften der VwGO auszulegen. Auf der anderen Seite hängt z. B. die Zulässigkeit der sog. "Anfechtungsklage ex nunc" unter anderem davon ab, ob ein VA derartig "teilbar" - damit teilweise aufhebbar - ist, daß sich einzelne Rechtsfolgen zeitlich unterschiedlich beurteilen lassen. Hier ist jedenfalls materielles Verwaltungsrecht mit maßgeblich. Schon wegen dieser engen und vielfältigen Verflechtungen läßt sich der gesamte Fragenkomplex zwar aufspalten, nicht aber völlig trennen. Die vorliegende Arbeit versucht deshalb zweierlei: In § 11 und § 12 will sie eine möglichst klare Sonderung der allgemeinen Erörterungen in die materiell- und verfahrensrechtlichen Probleme bringen, in § 13 dagegen eine synoptische Darstellung der Konsequenzen für den speziellen Untersuchungsgegenstand, die privaten Drittrechte. Zugleich soll damit eine gedankliche Brücke zu ihrem zweiten - verfahrensrechtlichen - Teil geschlagen werden.

2.2 Änderungen der Sach- und der Rechtslage

Eine ergänzende Bemerkung zu Beginn erscheint noch wesentlich: Man unterscheidet grundsätzlich zwischen Änderungen der Sach- und solchen der Rechtslage. Im vorliegenden Zusammenhang kann nach der Fragestellung nur eine Änderung der Sachlage in Betracht kommen. Man darf sich hier nicht dadurch täuschen lassen, daß unter Umständen eine "Änderung der zivilen Rechtslage" bedeutsam werden kann (durch Zustimmung des Dritten, Duldungsanordnung etc.). Dabei handelt es sich nicht um "Rechtslage" nach dem Sprachgebrauch der Literatur zum Beurteilungszeitpunkt. Als Rechtslage in deren Sinn darf nur verstanden werden die unmittelbar durch öffentlich-rechtliche Normen geschaffene objektive Rechtssituation, nicht aber die Einzelheiten subjektiver privater Ansprüche und zivilrechtlicher Vorfragen. Nicht die abstrakten rechtlichen Tatbestandsmerkmale, sondern die konkreten tatsächlichen Sachverhaltsmerkmale hätten sich aber z. B. bei Zustimmung des Dritten geändert; die äußeren Umstände, die gerichtlich zu beurteilende Erscheinung selbst, hätten sich gewandelt, nicht dagegen die Gesamtheit der Rechtsvorschriften, die Anwendungsregeln für die Beurteilung.

./.

§ 11 Materiellrechtliche Fragen

1. Streitstand in der Literatur

- 1.1 Die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts als Pflichtwidrigkeit der Behörde beim Befehlsvorgang
- 1.2 Die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts als Inkongruenz zwischen Rechtsordnung und Befehlsinhalt

2. Eigene Auffassung

- 2.1 Der Begriff der "Rechtswidrigkeit"
- 2.2 Der Begriff des "Verwaltungsakts"
- 2.3 Konsequenzen

./.

Zu erörtern ist hier im wesentlichen, ob ein Verwaltungsakt nach seinem Erlaß materiell rechtmäßig oder rechtswidrig werden kann.

1. Streitstand in der Literatur

1.1 Die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts als Pflichtwidrigkeit der Behörde beim Befehlsvorgang

Viele Autoren halten es aus grundsätzlichen Erwägungen für ausgeschlossen, daß ein VA nachträglich rechtswidrig oder rechtmäßig "werden könne". Rupp leitet dies aus dem Begriff der Rechtswidrigkeit her. Nach seiner Auffassung ist sie nur in Form der Pflichtwidrigkeit denkbar: ¹⁾ Die Rechtspflicht sei das einzige Medium, durch welches das Recht als "gemeinschaftsbedingtes ideelles Steuerungsphänomen menschlicher Motivationen" wirken könne; es sei daher eine "wissenschaftlich unhaltbare Fehlleistung", zumindest eine mißverständliche "abbreviative Formulierung", von der "Rechtswidrigkeit von Zuständen, Seinsbefunden und Tatsachen" zu sprechen; ein Zustand als solcher sei durch das Recht nicht ansprechbar, könne deshalb auch nicht am Maßstab des Rechts, nämlich der Rechtspflicht, gemessen werden. ²⁾ Daher dürfe nicht der "Verwaltungsakt als solcher, losgelöst vom Handeln der Behörde" am Recht geprüft werden; es sei nur zu entscheiden, "ob die Behörde eine Rechtspflicht verletzt" habe; folglich könnten später hinzutretende rechtliche oder tatsächliche Umstände "lediglich neue Pflichten auslösen", nicht aber die "Pflichtwidrigkeit oder Pflichtmäßigkeit des behördlichen Verhaltens ... ändern". ³⁾ Eine ganz andere, rein rechtstechnische Frage sei es dann, mit welcher Klageart eine Pflichtänderung durchgesetzt werden könne; dieses prozeßtechnische Hilfsmittel besage aber überhaupt nichts über die materiellrechtliche Frage, sei v. a. kein Indiz dafür, daß der angefochtene Verwaltungsakt eben doch rechtswidrig geworden sei. ⁴⁾

1) Rupp, Der maßgebende Zeitpunkt, S. 181

2) Rupp, a.a.O., S. 182

3) a.a.O., S. 183

4) a.a.O., S. 193

Im Ergebnis dasselbe folgert S c h w e i g e r aus der "Natur des Verwaltungsakts als einer behördlichen Handlung": Vom Gericht sei "nicht ein Rechtsverhältnis zu prüfen, sondern ein Handeln auf seine Rechtmäßigkeit zu untersuchen"; damit aber müsse notwendig auf den Zeitpunkt dieses Handelns bzw. seiner Beendigung abgestellt werden; ein "späteres Rechtswidrigwerden eines einmal abgeschlossenen Aktes" sei ebenso "begrifflich ausgeschlossen", wie ein ursprünglich rechtswidriges Handeln nachträglich rechtmäßig werden könne. ⁵⁾ Schweiger bezweifelt zudem, daß eine andere Lösung ohne Verstoß gegen das Gewaltenteilungsprinzip überhaupt rechtlich möglich sei: Die Exekutive habe zunächst "das Recht allein verbindlich zu gestalten", sie habe auch "ein rechtliches Interesse daran, durch die Abweisung einer unbegründeten Anfechtungsklage bestätigt zu erhalten, daß sie rechtmäßig gehandelt" habe. ⁶⁾ An anderer Stelle ⁷⁾ präzisiert Schweiger seine Auffassung nochmals: Gegenstand der Anfechtungsklage sei (neben der Rechtsverletzung des Klägers) "die Rechtswidrigkeit des angefochtenen Verwaltungsakts, also einer bestimmten Handlung, nicht eines durch diese beeinflussten Rechtszustandes". B a c h o f sprach zwar zunächst davon, ein VA könne "rechtswidrig werden", solange ein Eingriff "noch gegenwärtig" sei, d. h. v. a. bei Dauerverwaltungsakten und noch nicht vollzogenen Verwaltungsakten. ⁸⁾ Später aber bezeichnete er diese eigene Formulierung unter ausdrücklichem Hinweis auf Rupp und Schweiger als "mißverständlich", als bloße "Abbeviatur"; verstehe man unter Verwaltungsakt den Befehlsvorgang, nicht den Befehlsinhalt, so könne lediglich die Aufrechterhaltung des VA, nicht dieser selbst rechtswidrig werden. ⁹⁾ Auch U l e ¹⁰⁾ versteht unter einem Verwaltungsakt im Ergebnis die Handlung der Behörde; nur hierüber habe das Gericht zu entscheiden, eine nachträgliche Änderung in der Beurteilung der Rechtmäßigkeit dieser Handlung sei nicht denkbar. Das B V e r w G vertrat bis vor einigen Jahren in ständiger Rechtsprechung dieselbe Ansicht. Besonders deutlich wurde hier in einer Entscheidung des 5. Senats vom 6. 4. 1955 ¹¹⁾ ausgeführt, daß das "Gericht ein Urteil fällt über ein Verhalten der Verwaltungsbehörde, das in der Vergangenheit

5) Schweiger, DVBl. 1964, 205/210

6) a.a.O., S. 211

7) Anm. in DVBl. 1966, 317/318

8) Bachof, JZ 1954, 416/420

9) Bachof, JZ 1966, 140/141; ähnlich auch Menger, VerwArch. 48, 355

10) Verwaltungsprozeßrecht, S. 202

11) Veröffentlicht in DVBl. 1955, S. 773

liegt"; folglich könne ein rechtswidriger VA zum Beispiel nicht dadurch rechtmäßig werden, daß ein späteres Gesetz der Behörde stärkere Eingriffsmöglichkeiten einräume, vielmehr müsse der VA wiederholt werden; ebenso sei es im umgekehrten Fall wegen der "kassatorischen Natur der Anfechtungsklage"; hier könne der VA nicht später materiell rechtswidrig werden.

1.2 Die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts als Inkongruenz zwischen Rechtsordnung und Befehlsinhalt

Freilich hat es an gewichtigen Gegenstimmen nie gefehlt. Noch als die nahezu allgemeine Meinung anderer Ansicht war, ging B e t t e r m a n n davon aus, ein VA könne infolge Änderung tatsächlicher oder rechtlicher Umstände rechtswidrig bzw. rechtmäßig werden.¹²⁾ Gegen die damals herrschende Meinung stellte sich auch L e r c h e : Zu unterscheiden sei der Befehlsvorgang als Faktum und tatsächliches Geschehen vom Befehlsinhalt, den Rechtswirkungen. Beides könne man als "Verwaltungsakt" bezeichnen. Die "Aufhebung des Verwaltungsakts" könne jedoch nicht den Vorgang betreffen - dieses Geschehen lasse sich nicht mehr beseitigen -, es seien damit vielmehr die Rechtsfolgen gemeint;¹³⁾ spreche das BVerwG von einem in der Vergangenheit liegenden Verhalten der Behörde, so verwechsle das Gericht Befehlsinhalt und Befehlsvorgang. Ähnlich argumentiert H a u e i s e n : Es sei durchaus möglich, daß ein VA rechtswidrig oder rechtmäßig werde.¹⁴⁾ Die Frage nach der Pflichtverletzung der Behörde sei ohne Belang, es komme allein auf die objektiven Folgen an; nicht, ob die Behörde bei Erlaß des VA rechtswidrig gehandelt habe, sei zu fragen, sondern allein, ob der VA jetzt rechtswidrig sei.¹⁵⁾ Auch B ä h r vertritt die Auffassung, man müsse zwischen dem Erlaß des VA als solchem und dessen Rechtswirkungen, dem "Impulsgehalt", unterscheiden: Das Rechtswidrigkeitsurteil könne an sich an jedes der beiden anknüpfen, die Rechtswidrigkeit eines VA lasse sich "entweder objektiv als Verstoß gegen die Gebote richtigen Verwaltungshandelns oder subjektiv als nicht

12) Bettermann, DVBl. 1953, 202 - allerdings sieht er aus prozessualen Überlegungen dennoch den Zeitpunkt des Widerspruchsbescheids als maßgeblich an.

13) Lerche, Anm. zu dem in Fußnote 11 zitierten Urteil des BVerwG, in DVBl. 1955, S. 777; vgl. näher dazu auch Martens, DÖV 1964, 365/366.

14) Haueisen, NJW 1956, 201

15) derselbe, NJW 1966, 1065/1066

gerechtfertigten Eingriff in die rechtlich geschützte Interessensphäre des Betroffenen" interpretieren. ¹⁶⁾ Nach der VwGO sei aber das "Verfahrensziel nur noch auf den Schutz der subjektiven Rechtsstellung des Klägers abgestellt", die Anfechtungsklage diene der Durchsetzung des materiellen Beseitigungsanspruches, der wiederum an die rechtswidrige Beeinträchtigung durch die vom VA ausgehenden Impulswirkungen anknüpfe; folglich könne ein VA, d. h. seine Befehlswirkungen, durchaus rechtswidrig oder umgekehrt rechtmäßig werden: der materiellrechtliche Aufhebungsanspruch richte sich nicht gegen den Befehlsvorgang, sondern gegen die Befehlswirkungen. ¹⁷⁾ C z e r m a k will ebenfalls streng unterschieden wissen zwischen dem "Rechtsverhältnis und dem dieses Rechtsverhältnis regelnden Verwaltungsakt", die er als Prozeßgegenstand betrachtet, und den "bei dessen Zustandekommen vorgenommenen historischen Handlungen und Unterlassungen". ¹⁸⁾ In späterer Zeit hat auch das B V e r w G seine ursprüngliche Auffassung in mehreren grundlegenden Entscheidungen revidiert. Die Änderung der Betrachtungsweise auch im materiellrechtlichen Aspekt tritt besonders klar in einem Urteil des 1. Senats vom 5. 8. 1965 zutage. ¹⁹⁾ Das Gericht führt hier aus, entscheidend sei der "Inhalt der Regelung, nicht allein die Maßnahme"; stehe ein VA "nicht mehr in Einklang mit der Rechtsordnung", so müsse er aufgehoben werden, da er nunmehr rechtswidrig geworden sei.

2. Eigene Auffassung

2.1 Der Begriff der "Rechtswidrigkeit"

Die Argumente von Rupp erscheinen zunächst einleuchtend. Rechtswidrig kann nach dem ersten Anschein nur ein Verhalten, nicht aber ein Zustand sein. Rechtswidrigkeit oder Rechtmäßigkeit könnten sich dann nur auf die Handlung der Behörde - den realen Erlaß der Maßnahme oder die Unterlassung ihrer Abänderung - beziehen, nicht aber auf den dadurch geschaffenen Zustand, den "Impulsgehalt", die Rechtsfolgen für den Betroffenen. Meint man diese Rechtsfolgen und spricht von ihrer Rechtmäßigkeit bzw. Rechtswidrigkeit, so mag eine philologische Unzulänglichkeit, eine mißverständliche "Abbeviatur" vorliegen.

16) Bähr, Beurteilung, S. 64

17) a.a.O., S. 77 und 78

18) Czermak, NJW 1964, 1662/1663

19) Veröffentlicht in DVBl. 1966, 314/316

Das enthebt aber keinesfalls der Prüfung, ob sich nicht vielleicht auch der Gesetzgeber selbst diese mehr sprachliche als wissenschaftliche Fehlleistung zuschulden kommen ließ, als er in § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO die Aufhebung "rechtswidriger Verwaltungsakte" anordnete. Eine gesetzliche Formulierung darf nicht ausschließlich mit philologischen Methoden ausgelegt werden.²⁰⁾ Juristische Begriffe sind "Kunstbegriffe" i.S. von künstlichen (wenn auch, zugegeben, gelegentlich wenig kunstvollen) Begriffen. Sie werden verwendet zur Erfassung abstrakter Tatbestände, sind bloße Hilfsmittel, erheben aber nie Anspruch auf unbedingte sprachliche Richtigkeit. Auszulegen sind sie in erster Linie nach ihrem Sinn und Zweck. Dabei kann der sprachlich "richtige" Wortlaut Indiz für eine bestimmte Art der Auslegung sein, mehr aber auch nicht. Zwar wird zunächst eine gewisse Vermutung für richtige Wortwahl bestehen; gebraucht aber der Gesetzgeber tatsächlich das falsche Wort, so ist allein der Sinn maßgeblich. Wie wenig gerade bei der Deutung des § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO sprachliche Gesichtspunkte entscheidend sein können, soll folgendes verdeutlichen: Auch wenn man der Auffassung von Rupp, Schweiger etc. folgt, hätte der Gesetzgeber grob gegen den Gebrauch der deutschen Sprache verstoßen. Wie sollte ein Gericht eine in der Vergangenheit liegende Handlung "aufheben", womöglich noch teilweise (vgl. "soweit" in § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO).²¹⁾ Schon daraus ergibt sich, daß derartige Ableitungen letztlich auf Scheinargumenten beruhen. Sie ersparen nicht die Untersuchung, welche materielle Regelung hinter sprachlichen Ausprägungen "verborgen" ist. Eine Änderung der Rechtmäßigkeit von Verwaltungsakten läßt sich daher nicht schon aus begrifflichen Gründen ausschließen.

2.2 Der Begriff des "Verwaltungsakts"

Aus dem Wort "Rechtswidrigkeit" kann also entgegen Rupp hier kein endgültiger Schluß gezogen werden. Allerdings ist Schweiger zunächst zuzustimmen, wenn er als entscheidend ansieht, ob man unter "Verwaltungsakt" die historische Handlung der Behörde oder ein Rechtsverhältnis versteht. Nur im zweiten Fall kann eine Änderung der tatsächlichen oder rechtlichen Umstände diesen VA rechtswidrig oder

20) Wer würde sonst beispielsweise unter einem Kanarienvogel ein "wildes Tier" im Sinne des § 960 BGB vermuten!

21) Darauf hat auch schon Lerche, DVBl. 1955, 777 hingewiesen.

rechtmäßig "werden lassen". Eine Antwort auf die anfangs gestellte Frage läßt sich daher nur aus dem Wesen des VA finden. Nun ist gerade der Begriff des "Verwaltungsakts" eine rein juristische Zweckerschöpfung ²²⁾ von hohem Abstraktionsgrad. Er ermangelt eines einigermaßen kompakten Bildes im Tatsächlichen, zerfällt vielmehr in eine Vielfalt realer Erscheinungsformen, die kaum etwas miteinander gemeinsam zu haben scheinen. Eine verbindliche gesetzliche Definition existiert bisher nicht, bei Festlegung des Wesens wie bei Abgrenzungen herrscht zwangsläufig gewisse Unsicherheit, ja Willkür. Nicht einmal der Entwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes ²³⁾ läßt eindeutige Schlüsse in dieser Frage zu, wenn er in § 27 den VA im wesentlichen definiert als "behördliche Maßnahme, von der Rechtswirkungen ausgehen". Auch Gewohnheitsrecht hat sich jedenfalls für die Frage, ob der VA eine Handlung oder eine Rechtswirkung meint, nie bilden können. Als "Strohalm", aber auch als zwingende Leitlinie für alle Auslegung bietet sich hier aber die Verwendung des Begriffs im Prozeßrecht, vor allem in §§ 42, 113 VwGO, an: Strohalm, weil andere Kriterien kaum denkbar sind, zwingende Leitlinie, weil es wenig sinnvoll wäre, für das materielle Recht von einem anderen Begriff des VA auszugehen, als man es auf Grund der VwGO im Prozeßrecht tun muß. Damit ergibt sich das immerhin seltsame Ergebnis, daß zur Entscheidung der wesentlichen materiellrechtlichen Frage im Problemkreis des Beurteilungszeitpunktes auf Prozeßrecht zurückgegriffen werden muß. Ein anderer Weg erscheint jedoch nicht gangbar. Man kann nicht mit wissenschaftlicher Akribie einen materiellrechtlichen (bzw. verwaltungsverfahrenrechtlichen) Begriff des VA entwickeln, um dann am Ende festzustellen, daß er mit dem in der Verwaltungsgerichtsordnung gebrauchten nicht übereinstimmt.

Zu prüfen ist demnach, was die VwGO insbesondere in den für diese Frage besonders wichtigen §§ 42 und 113 unter "Verwaltungsakt" versteht. Für die richtige Beurteilung wird in der Literatur mehrfach ²⁴⁾ der Streitgegenstand der Anfechtungsklage als vorentscheidend angesehen. Eine enge Verwandtschaft beider Probleme läßt sich in der Tat nicht in Frage stellen. Zweifel sind freilich denkbar, ob der

22) Das betonen z.B. Obermayer, Verwaltungsakt, S. 25 - 27 (mit eingehender Darlegung); Begründung zum EVwVerfG 1963, S. 136

23) Bundestagsdrucksache VI/1173

24) Vgl. etwa Czermak, NJW 1964, 1663; Schweiger, DVBl. 1964, 205/208; Martens, DÖV 1964, 365; Bettermann, DVBl. 1953, 163/202.

Begriff des VA aus der Lehre vom Streitgegenstand entwickelt werden kann oder ob man nicht vielleicht umgekehrt vorzugehen hat. Bei genauer Betrachtung stehen wohl beide Fragen auf gleicher Stufe nebeneinander. Mögen sie auch durch zahlreiche Wechselbeziehungen miteinander verknüpft sein, so ist doch keine von der anderen "abhängig". Sie haben aber beide einen gemeinsamen Ursprung, ein Problem liegt logisch vor ihnen, dessen Lösung auch maßgebliche Argumente für das Wesen des VA (damit für den Beurteilungszeitpunkt) und für den Streitgegenstand liefert. Dieses Problem ist die Frage nach Sinn und Zweck der Anfechtungsklage im System der VwGO. Ist Sinn der Anfechtungsklage überwiegend objektive Kontrolle der Verwaltungstätigkeit, so mag man als VA die Handlung der Behörde ansehen, deren Pflichtverletzung überprüfen und Änderungen der Rechtmäßigkeit für ausgeschlossen halten. Anders, wenn man in erster Linie Gewährung subjektiven Rechtsschutzes für den betroffenen Bürger garantieren will. Dann ist ~~des~~ ~~sen~~ Standpunkt entscheidend, ist der Impulsgehalt, sind die Rechtsfolgen vom Gericht zu überprüfen, ist über sie das Urteil auszusprechen.

Daß die Anfechtungsklage nach heutiger Rechtslage nicht Beanstandungsklage ist, sondern ganz überwiegend der Gewährung subjektiven Rechtsschutzes dient, dürfte einhellige Meinung sein.²⁵⁾ Berücksichtigt man die Notwendigkeit der Verletzung in eigenen Rechten (§§ 42 Abs. 2, 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO) und die Erforderlichkeit der noch gegenwärtigen Beschwerde (vgl. § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO), so sind Zweifel auch kaum denkbar. Dann aber muß man konsequent sein und als Sinn und Ziel der Anfechtungsklage die Beseitigung von Rechtsfolgen (soweit sie durch Verhalten der Behörde konkretisiert wurden) anerkennen. Rechtswidrig ist dann ein VA, wenn sein Befehlsgehalt dem materiellen Recht widerspricht, wenn - wie Bähr²⁶⁾ sagt - der "materielle Beseitigungsanspruch" entsteht. Dieser Widerspruch kann durchaus auch erst nach Erlass des VA auftreten oder wegfallen. Die reale Handlung der Behörde schafft lediglich diese Regelung, sie ist nur Anlaß, nicht ausschließlicher Inhalt der gerichtlichen Überprüfung. Nicht Bewertung des behördlichen Verhaltens, sondern seines Ergebnisses im Sinne einer andauernden Einwirkung auf den Betroffenen verlangt § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO.

25) Vgl. besonders eingehend und mit weiteren Nachweisen: Bähr, Beurteilung, S. 66 ff. und S. 74 ff.

26) a.a.O., S. 77

2.3 Konsequenzen

Betrachtet man den Begriff des VA derart vom Gedanken des Rechtsschutzes, d. h. vom Aspekt des einzelnen, als einen Inbegriff von Regelungen, sieht man ihn nicht historisch als Handlung, sondern funktional als Einwirkung, so kann ein VA bei Änderung der tatsächlichen oder rechtlichen Umstände durchaus rechtswidrig oder rechtmäßig w e r d e n . In all diesen Fällen kann sein Befehlsinhalt (un-)vereinbar mit der Rechtsordnung, die belastende Wirkung (un-)vereinbar mit subjektiven Rechten des Betroffenen werden. Dabei bestehen keine prinzipiellen Unterschiede zwischen den beiden Fällen einer Änderung zugunsten und zulasten des einzelnen. Vor allem entbehrt bei konsequenter Überlegung die immerhin verbreitete Meinung ²⁷⁾ jeder Grundlage, Fehler eines VA seien schlechthin "unheilbar", es müsse der Akt nochmals - dann fehlerfrei - vorgenommen werden. Freilich ist gerade hier besonders zu beachten, daß derartige "Heilung" ebenso wie ihr Gegenteil nur mit Wirkung ex nunc, nicht ex tunc möglich ist. Subjektiver Rechtsschutz des Adressaten greift "zeitlich" nur, aber dann auch voll insoweit ein, als dafür eine materielle Berechtigung besteht, d. h. für den Zeitraum, in dem der Impulsgehalt des Akts der Rechtsordnung widerspricht.

27) Vgl. Bähr, a.a.O., S. 21, mit weiteren Nachweisen; wie hier dagegen z.B. VGH Baden-Württemberg, DÖV 1972, 428/429 mit sachlich übereinstimmender Begründung.

§ 12 Prozeßrechtliche Fragen

1. Problemabgrenzung

- 1.1 Verhältnis zum materiellen Recht
- 1.2 Aufgliederung und Zusammenhang der einzelnen prozeßrechtlichen Probleme

2. Statthaftigkeit des Urteils auf zeitliche Teilaufhebung von Verwaltungsakten

- 2.1 Problemstellung
- 2.2 Literatur
- 2.3 Eigene Auffassung

3. Der Klageantrag im Einzelfall

- 3.1 Das erforderliche Rechtsschutzinteresse
- 3.2 Der tatsächliche Klageantrag

./.

1. Problemabgrenzung

Wurde in § 11 erörtert und schließlich bejaht, daß ein VA nachträglich materiell rechtmäßig bzw. rechtswidrig werden kann, so bleibt zu prüfen, ob diese Änderung den Inhalt eines auf Anfechtungsklage hin ergehenden Urteils zu beeinflussen vermag. Zu untersuchen ist, welche prozessualen Mittel die geltende Rechtsordnung dem Bürger zur Verfügung stellt, eine nachträgliche Änderung zu *seinen* Gunsten vorzubringen, welchen Weg auf der anderen Seite die Behörde einschlagen muß, um nachträgliche Änderungen zu *ihren* Gunsten geltend zu machen.

1.1 Verhältnis zum materiellen Recht

Aus der Annahme einer möglichen Änderung der Rechtmäßigkeit von Verwaltungsakten beantwortet sich noch nicht zwangsläufig und generell die Frage, wie dies gerichtlich geltend gemacht werden kann. Zwar ist auf Anfechtungsklage hin gemäß § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO ein rechtswidriger - und nur ein rechtswidriger - VA aufzuheben; er ist auch nur aufzuheben, "soweit" er rechtswidrig ist, also unter Umständen nur teilweise. Werden seine Auswirkungen aber lediglich von einem bestimmten Zeitpunkt an oder für einen bestimmten Zeitraum beseitigt, so handelt es sich um eine qualifizierte Teilaufhebung, deren Zulässigkeit sich nicht von selbst versteht. Trotz unterschiedlicher Beurteilung der materiellen Rechtswidrigkeit für einzelne Zeitabschnitte könnte vielleicht aus besonderen Gründen eine zeitlich beschränkte Aufhebung des VA dem Gericht ganz allgemein oder mangels entsprechenden Klageantrages im konkreten Einzelfall verwehrt sein. Deshalb muß der immer wieder vertretenen Meinung widersprochen werden, allein wesentlich sei die materiellrechtliche Frage; der bloßen "rechtstechnischen" Regelung der Durchsetzung komme eigentlich besondere Bedeutung nicht zu. Das Prozeßrecht ist hier zum unselbständigen Anhängsel des materiellen Rechts degradiert: Die Statthaftigkeit der Anfechtungsklage ex nunc - dasselbe gilt für die Anfechtungsklage auf Aufhebung der Folgen bis zu einem bestimmten Zeitpunkt - soll vom Bestehen eines materiellrechtlichen Anspruchs gegen die Behörde auf Aufhebung des VA abhängig sein, sich daher jeweils im Einzelfall nach materiellem Recht entscheiden.¹⁾ Von

1) So z.B. im Ergebnis Bachof, JZ 1966, 140/141; gegen diese Betrachtung v. a. auch: Bähr, Beurteilung, S. 80.

hier freilich ist dann nur noch ein kleiner Schritt zu der bei Rupp ²⁾ anklingenden Meinung, in Wahrheit liege eine Verpflichtungsklage vor, die lediglich - eigentlich unzulässigerweise - in die Form einer besonderen Anfechtungsklage gekleidet werden solle.

Diese Argumentation übersieht aber folgendes: Solange ein rechts-
widriger VA nicht bestandskräftig geworden ist, besteht ein ganz
genereller Anspruch des Betroffenen auf seine Aufhebung; erst
nach Bestandskraft wird es Frage des Einzelfalles, ob die Be-
hörde materiellrechtlich zu Änderung oder Rücknahme trotz Unan-
fechtbarkeit verpflichtet ist. Im Rechtsbehelfsverfahren steht
der Bürger also durchaus günstiger als dann, wenn er einen VA
bestandskräftig werden läßt und erst später infolge nachträglich
eingetretener Umstände Aufhebung begehrt. Auch ist der umgekehrte
Fall nicht außer acht zu lassen, daß nachträgliche Änderungen
den VA erst jetzt als rechtmäßig erscheinen lassen. Hier ist
eine "verkappte Verpflichtungsklage" überhaupt nicht erwägens-
wert; vielmehr wird allein fraglich, ob der VA im anhängigen
Verfahren ganz oder wenigstens für die Zeit bis zum Eintritt der
"Heilung" aufzuheben ist. Die auftretenden Fragen sind also durch-
aus als eigenständige Probleme des Prozeßrechts zu betrachten;
sie lösen sich nicht schon von selbst mit der Klärung sachlich-
rechtlicher Grundsätze.

1.2 Aufgliederung und Zusammenhang der einzelnen prozeßrecht- lichen Probleme

Im wesentlichen drei Fragen sind hier zu prüfen und zu beantwor-
ten:

- (a) Welche Sach- und Rechtslage hat ein Gericht seiner Ent-
scheidung prinzipiell zugrunde zu legen? (Vgl. unmittelbar
anschließend)
- (b) Ist ein Urteil auf zeitliche Teilaufhebung eines VA über-
haupt statthaft? (Vgl. unter Abschnitt 2)
- (c) Ist ein Klageantrag auf Teilaufhebung im Einzelfall zu-
lässig und wurde er tatsächlich gestellt? (Vgl. unter
Abschnitt 3)

2) Der maßgebende Zeitpunkt, S. 189 und 193

Zunächst hat man von der wohl fast selbstverständlichen Überlegung auszugehen, daß ein Gericht alle Änderungen der Sach- und Rechtslage insoweit beachten kann und muß, als sie für die richtige Entscheidung von Belang sein können. Im Prinzip, d. h. sofern nichts ausdrücklich oder konkludent abweichend geregelt ist, sind damit a l l e Änderungen zu berücksichtigen. Das Gericht entscheidet im gegenwärtigen Zeitpunkt, j e t z t muß sein Urteil richtig sein, der neueste Stand ist dafür Grundlage. ³⁾ Klageerhebung oder vergleichbare andere Maßnahmen sind generell kein derartiger Einschnitt, daß Änderungen von nun an nicht mehr von Bedeutung wären.

Diese Regel ist freilich praktisch weitgehend durchbrochen. Eine ihrer Einschränkungen stellt bei Geltung der Dispositionsmaxime bereits der Klageantrag dar, über den das Gericht nicht hinausgehen darf (vgl. etwa § 308 ZPO, § 88 VwGO). Richtet er sich beispielsweise auf die Feststellung eines vergangenen Rechtsverhältnisses, ⁴⁾ so sind seither erfolgte Änderungen nicht zu berücksichtigen. Die zweite, ebenso wichtige Grenze kann sein, daß überhaupt nur ein Antrag, Verfahren und Urteil s t a t t - h a f t sind, die sich auf einen festen Zeitpunkt in der Vergangenheit beziehen. Sieht etwa § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO nur eine Feststellung vor, "daß der Verwaltungsakt rechtswidrig w a r", so muß der Beurteilung notwendig ein bereits vergangener Zeitpunkt zugrundegelegt werden. ⁵⁾ Ähnliches könnte nun ganz allgemein im Rahmen der verwaltungsgerichtlichen Anfechtungsklage der Fall sein. Wäre Verfahrensziel die Kontrolle eines historischen behördlichen Akts, so wären spätere Änderungen grundsätzlich bedeutungslos. Doch wurde bereits eingehend ausgeführt, daß Ziel und Zweck der Anfechtungsklage die Gewährung subjektiven Rechtsschutzes darstellt. Dieser Rechtsschutz ist aber in der Gegenwart und für die Gegenwart zu gewähren; die jetzige Sach- und Rechtslage muß daher zumindest mitentscheidend sein: Zu überprüfen und gegebenenfalls aufzuheben sind ja nicht frühere, reale behördliche Handlungen, sondern die den Kläger jetzt in seinen Rechten verletzenden Wirkungen, die davon ausgehen.

3) So grundsätzlich auch Czernak, NJW 1964, 1662/1663; Rupp, DVBl. 1959, 208/211.

4) Das ist z.B. nach § 43 VwGO durchaus zulässig - so die h. M., vgl. Eyermann-Fröhler, RNr. 6 zu § 43 m.w.Nw.

5) Sei es nun der des VA-Erlasses, des Widerspruchsbescheids oder der VA-Erledigung.

Damit erscheint zunächst - einen entsprechenden Antrag des Klägers vorausgesetzt - allein maßgeblich die zur Zeit der Gerichtsentscheidung g e g e n w ä r t i g e Sach- und Rechtslage. Dann wäre ein nachträglich rechtswidrig gewordener VA in vollem Umfang aufzuheben, ein nachträglich rechtmäßiger VA voll zu bestätigen.

2. Statthaftigkeit des Urteils auf zeitliche Teilaufhebung von Verwaltungsakten

2.1 Problemstellung

Die letzten Ausführungen bedürfen freilich noch einer etwas stärker differenzierenden Betrachtung. Ist - allein statthaftes - Ziel der Klage die Befreiung von nachteiligen Rechtsfolgen, von "Regelungen", so stellen sich doch diese Regelungen nicht als einheitlicher Block dar, sondern als eine ganze Anzahl von Einzelfolgen. Sie lassen sich sachlich, persönlich und zeitlich in Teilregelungen aufspalten. Dem trägt § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO Rechnung, wenn er durch Verwendung des Wortes "soweit" auch eine Teilaufhebung grundsätzlich ermöglicht. Damit steht allerdings noch nicht ohne weiteres fest, daß auch die besondere Art der z e i t l i c h e n Teilaufhebung statthaft ist. Wichtigster Fall, in dem dies problematisch wird und der entsprechend auch von Rechtsprechung und Lehre ausgiebig untersucht wurde, ist die Anfechtungsklage auf Aufhebung eines VA " e x n u n c ". Genauso denkbar ist aber der meist nur sehr am Rande erörterte Antrag auf Aufhebung der Rechtswirkungen b i s z u einem bestimmten Zeitpunkt. Da die VwGO, wie gesagt, eine Teilaufhebung von Verwaltungsakten ohne Zweifel kennt und grundsätzlich zuläßt, kommt es hier auf zweierlei an: Einmal ist zu klären, ob die Einzelregelungen eines VA derart "zeitlich aufspaltbar" sind; zum anderen bedarf es der Prüfung, ob dem Gericht hier nicht aus besonderen Gründen, vor allem nach dem Prinzip der Gewaltenteilung, diese Teilaufhebung verwehrt ist. Nur wenn man die erste Frage bejaht, die zweite verneint, sind Urteile und Klageanträge dieser Art überhaupt statthaft.

2.2 Literatur

Die Auffassungen zu diesem Problem sind durchaus geteilt: Die bis vor einiger Zeit ganz herrschende Meinung ließ den "Klageantrag ex nunc" nicht zu. Man führte dafür im wesentlichen das

schon erörterte Argument an, gerichtlich zu überprüfen sei ein Handeln der Behörde; werde Anfechtungsantrag ex nunc gestellt, so strebe der Kläger in Wahrheit eine Verpflichtung der Behörde an, dafür sei dann aber nur die Verpflichtungsklage zulässig.⁶⁾ Man weist darauf hin, allein die Exekutive habe zunächst "verbindlich zu gestalten", und betrachtet ein Urteil des Gerichts auf derartige Teilaufhebung als Verstoß gegen den Gewaltenteilungsgrundsatz.⁷⁾

Dagegen hat z. B. Bachof gegen solche Teilaufhebung keine Bedenken;⁸⁾ er will freilich einen derartigen Klageantrag auf die Fälle beschränkt wissen, in denen die Behörde den VA materiell-rechtlich "unter Kontrolle zu halten" habe; gegen die weitere "Aufrechterhaltung" sei dann der Klageantrag ex nunc möglich. Lерche erkennt auch diese Einschränkung nicht an und betont, der Antrag auf derartige Teilaufhebung stelle gegenüber dem "normalen" Anfechtungsantrag kein aliud, sondern ein minus dar.⁹⁾ Ähnlich begründet Martens¹⁰⁾ seine Zustimmung: Nicht nur der VA als ganzer könne Gegenstand der Sachentscheidung sein. Es sei weder nötig noch selbstverständlich, daß der Kläger Beseitigung aller durch den VA angeordneter Rechtsfolgen ohne zeitliche Einschränkung verlange. Selbst aus dem Gewaltenteilungsprinzip mögliche Bedenken entfielen, wenn nur die Behörde Gelegenheit zu einer "eigenen ersten Entscheidung" erhalte; dies sei bei richtiger Anwendung des Grundsatzes vom rechtlichen Gehör gut möglich. Eingehend mit diesen Fragen setzt sich auch Bähr¹¹⁾ auseinander, um schließlich zu einer differenzierenden Lösung zu gelangen. Er geht dabei davon aus, auch bei der Anfechtungsklage "ex tunc" lasse sich die Beeinträchtigung als solche für die Vergangenheit nicht mehr ungeschehen machen. Die rückwirkende Aufhebung eines VA sei an sich gar nicht möglich; in Wahrheit liege insoweit stets bloße Feststellung im Hinblick

6) So statt vieler: Schweiger, DVBl. 1964, 205/208.

7) Schweiger, a.a.O., S. 211; vgl. auch Wacke, AöR 79, S. 158/176.

8) JZ 1966, 140 und 141; ähnlich derselbe, JZ 1954, 416/420, JZ 1958, 301/302 und JZ 1966, 398 sowie Haneisen, NJW 1956, 201.

9) DVBl. 1955, 776/777; so im Ergebnis auch VGH Baden-Württemberg, DÖV 1972, 428/429; a.A. Eyermann-Fröhler, RNrn. 4 bis 6 zu § 113 VwGO.

10) DÖV 1964, 365/366

11) Beurteilung, S. 137 bis 140

auf sekundäre Rechtsverhältnisse vor. Diese Feststellung könne aber durchaus unabhängig von der Entscheidung über den z u k ü n f t i g e n Bestand des VA erfolgen. Die kassatorische Funktion der Anfechtungsklage stehe dem nicht entgegen: § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO gestatte die Teilaufhebung auch für die "gewissermaßen vertikale zeitliche Aufgliederung der Wirksamkeit eines Verwaltungsakts"; die einzelnen Regelungsimpulse seien voneinander unabhängig. Freilich geht Bähr nicht so weit, auch den Antrag auf Aufhebung bis zu einem bestimmten Zeitpunkt zuzulassen, dem stehe das Gewaltenteilungsprinzip entgegen: ¹²⁾ Würde das Gericht die Aufhebung des VA derart auf einen bestimmten Zeitraum beschränken, käme dies "dem Erlaß eines neuen Verwaltungsakts zu einem späteren Zeitpunkt gleich"; das Gericht könne einen VA allein aufheben - dies auch ex nunc -, nicht aber dürfe es ihn erlassen.

2.3 Eigene Auffassung

Bei all diesen Fragen zeigt sich erneut die enge Verflechtung zwischen materiellem Verwaltungsrecht und Verwaltungsprozeßrecht. Will man die Zulässigkeit der zeitlich beschränkten Teilaufhebung prüfen, so hat man zuerst und vor allem Erörterungen über die sachlichrechtliche Teilbarkeit des VA anzustellen. Nach ihr bestimmt sich der denkbare Urteilsausspruch, damit auch die Statthaftigkeit der Antragstellung; die materielle Teilbarkeit des VA präjudiziert die prozessuale Teilbarkeit des Streitgegenstands, nicht umgekehrt. ¹³⁾

Dabei ist zunächst festzuhalten, daß auch hier alle Erörterungen von der "Regelung" des VA, seinen Befehlswirkungen auszugehen haben, nicht von der historischen Handlung der Behörde. Nicht die Teilbarkeit jener Handlung, sondern die der beeinträchtigenden Folgen muß als entscheidend angesehen werden. Dann aber ist ein VA in aller Regel in zeitliche Teilregelungen aufspaltbar. ¹⁴⁾ Den Kläger belastende Wirkungen sind grundsätzlich zeitlich genauso trennbar wie etwa gegenständlich. In jeder "logischen Sekunde" wird vom

12) a.a.O., S. 140/Fußnote 19 und mit Begründung im einzelnen a.a.O., S. 21

13) So auch Söhn, VerwArch. 1969, S. 64/65 und VGH Baden-Württemberg, DÖV 1972, 428/429.

14) Ebenso: VGH Baden-Württemberg, a.a.O.; vgl. auch Söhn, a.a.O., S. 65; Redeker/von Oertzen, Anm. 2 zu § 113 VwGO. Eine Ausnahme ist allerdings vor allem für den Fall anzuerkennen, daß die Regelung mit einem Akt eingetreten und bereits zugleich abgeschlossen ist, daß also Befehlswirkungen nicht mehr vorhanden sind.

Betroffenen etwas verlangt, wird ihm etwas verboten; gegen jeden einzelnen derartigen Eingriff kann ein Abwehranspruch bestehen. Dieser greift ein, sobald und solange die behördlich angeordneten Regelungen rechtswidrig sind, d. h. die Belastung des Bürgers mit dem materiellen Recht unvereinbar ist. Diese einzelnen "Impulsgehalte", die von der behördlichen Handlung lediglich ausgelöst werden, jedoch nicht mit ihr identisch sind, können zeitlich durchaus unterschiedlich in ihrer Rechtmäßigkeit beurteilt, folglich auch zeitlich getrennt vom Gericht aufgehoben werden. Dies gilt gleichermaßen für die Kassation von einem bestimmten Termin an, wie für die bis zu einem Termin.

Dieser gerichtlichen Teilaufhebung stehen auch aus dem Gewaltenteilungsprinzip keine entscheidenden Einwendungen entgegen. Daß hier ein Bezug auf dieses Prinzip schon allgemein nicht ganz unbedenklich ist, soll nur angedeutet werden. Unter Hinweis auf eine Äußerung Bachhof's, ¹⁵⁾ mit einem strikt verstandenen Gewaltenteilungsgrundsatz wäre die gerichtliche Aufhebung eines VA überhaupt unvereinbar, erklärt Menger, ¹⁶⁾ jede Argumentation mit diesem Grundsatz sei daher hier schon im Ansatz verfehlt. Selbst wenn man so weit nicht gehen will, läßt sich doch wohl eines nicht leugnen: Der sinnvoll verstandene Gewaltenteilungsgrundsatz verbietet eine Teilaufhebung nicht, er mag ihr allenfalls Grenzen setzen. ¹⁷⁾ Solange das Gericht sich darauf beschränkt, die Wirkungen eines behördlichen Handelns - wenn auch nur teilweise - zu beseitigen, bestehen keine Bedenken; damit wird allein richterliche Funktion wahrgenommen. Anders wäre es nur, würde in Wahrheit Verwaltungstätigkeit ausgeübt, vor allem ein VA durch das Gericht selbst erlassen. Das Gericht darf z. B. nicht das Wesen der behördlich getroffenen Regelung verändern, formal eine Teilaufhebung aussprechen, materiell jedoch die behördliche Regelung durch eine andere, eigene ersetzen. Hieraus mögen sich für das Gericht Schranken in besonderen Situationen ergeben, nicht dagegen generell für den Fall der zeitlich beschränkten Teilaufhebung. Der zeitliche Geltungsbereich des VA wird hier einzig eingeschränkt, nicht aber ausgedehnt. Es

15) JZ 1954, 422

16) VerwArch. 48, 171

17) So auch: Söhn, VerwArch. 1969, 64; Eyermann-Fröhler, RNR. 4 zu § 113 VwGO, sehen dabei als wesentlich an, daß die Behörde im Verwaltungsverfahren "Gelegenheit zur ersten Entscheidung" erhielt.

wird eine Regelung teilweise (besser: "eine Teilregelung ganz") aufgehoben, nicht aber wird eine neue Regelung erst getroffen.¹⁸⁾ Der VA wird in seinem Wesen nicht verändert, lediglich die ihn verkörpernden Rechtswirkungen werden für einen bestimmten Zeitraum (von oder bis zu einem Termin) beseitigt. Das gilt auch für eine "Aufhebung bis zu" dem Zeitpunkt, in dem der VA rechtmäßig wurde. Auch hier erläßt das Gericht keinen VA, "verwaltet" nicht, sondern übt ausschließlich Rechtskontrolle aus, "richtet". Sowenig man das Urteil auf "Aufhebung ex nunc" mit dem Hinweis ablehnen kann, damit werde ein neuer VA mit anderem zeitlichen Geltungsbereich erlassen, kann man hier argumentieren, ein anderer VA werde dadurch zu einem späteren Zeitpunkt erlassen. Der VA wurde auch für den Zeitraum, für den er nicht aufgehoben wird, bereits von der Behörde verfügt. Das Gericht hebt nun einen Teil der Rechtswirkungen auf, d. h. beseitigt sie für die Vergangenheit und/oder hindert ihren Eintritt für die Zukunft. Dann ist es aber egal, ob frühere oder zukünftige Rechtsfolgen "aufgehoben" sind; stets wird nur "kassiert", nie wird vom Gericht ein neuer Befehl ausgesprochen.

Als Zwischenergebnis ist daher festzuhalten, daß Urteil und Klageantrag auf zeitliche Teilaufhebung grundsätzlich statthaft sind. Das Gericht kann einzelne zeitliche Rechtswirkungen (vergangene wie zukünftige) aufheben, der Kläger kann seinen Antrag dementisprechend stellen.

3. Der Klageantrag im Einzelfall

3.1 Das erforderliche Rechtsschutzinteresse

Der Kläger hat also grundsätzlich die Wahl, ob er Beseitigung der gesamten Regelungen des VA oder nur von dessen Rechtsfolgen für einen von ihm zu bestimmenden Zeitraum begehren will. Damit ist freilich noch nicht gesagt, daß jeder so denkbare Antrag im Einzelfall auch zulässig wäre, d. h. das Gericht zu einer Sachentscheidung verpflichten würde. Vor allem ist hier auf das stets erforderliche Rechtsschutzbedürfnis zu achten.¹⁹⁾ Soweit eine Aufhebung von den Kläger jetzt noch unmittelbar belastenden, d. h. gegenwärtigen oder sicher eintretenden zukünftigen Rechtsfolgen verlangt wird,

18) Dies betont auch Lerche, DVBl. 1955, 776/777.

19) Das heben in diesem Zusammenhang z.B. besonders hervor: Bachof, JZ 1958, 301/303; Lerche, DVBl. 1955, 776/777; Martens, DÖV 1964, 365/367.

ist das wenig problematisch. Es gelten die allgemeinen Grundsätze; der Antrag ist nur bei Vorliegen ganz besonderer, das Rechtsschutzinteresse ausschließender Umstände unzulässig. Werden dagegen bereits eingetretene - vergangene - Rechtsfolgen angegriffen, so geht von ihnen ein gegenwärtiger Eingriff in Rechte des Klägers im Regelfall nicht mehr aus. Die Wirkungen sind in der Vergangenheit abgeschlossen, haben keinen unmittelbaren "Impulsgehalt" mehr; sie können, genau genommen, vom Gericht meist auch nicht mehr rückwirkend beseitigt werden. Allerdings sind sie oft für die Beurteilung "sekundärer" Rechtsverhältnisse von Bedeutung, ²⁰⁾ etwa für Folgenbeseitigungs-, Schadenersatzansprüche oder die Rechtmäßigkeit von Vollstreckungsakten. Solche eher mittelbaren Rechtsfolgen kann das Gericht beseitigen, ihre "Aufhebung" kann der Kläger verlangen. Hier muß aber im Prinzip ein besonderes Rechtsschutzinteresse dargelegt, eben eine solche präjudizielle Wirkung nachgewiesen werden. Zugrunde zu legen ist dabei § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO, zu verlangen ist ein "berechtigtes Interesse" im Sinne dieser Vorschrift. ²¹⁾

Nun wäre es ein wenig angebrachter Formalismus, auch bei einer Anfechtungsklage gegen den g e s a m t e n VA dieses besondere Rechtsschutzbedürfnis für schon abgeschlossene Rechtswirkungen zu verlangen. Haben sich Sach- und Rechtslage seit Ergehen des Widerspruchsbescheids nicht relevant geändert, so spielt es keine Rolle, ob nun der VA ex tunc oder ex nunc aufgehoben wird. Aus Gründen der Vereinfachung hat hier das Gericht ex tunc aufzuheben, ohne auf diese Frage näher einzugehen. ²²⁾

Anders ist es bei einer nachträglichen Änderung der Umstände. Begünstigt sie den Kläger, wurde der VA dadurch r e c h t s w i d e r i g, so ist er vom Zeitpunkt der Änderung an aufzuheben. Ein Antrag dagegen, auch die b i s z u r Änderung bereits eingetretenen Rechtsfolgen "aufzuheben", wäre hier nicht nur unbegründet, sondern bei Fehlen besonderer Umstände auch unzulässig: An einer derartigen Entscheidung hat der Kläger in der Regel kein schutzwürdiges Interesse. Wichtig ist auch der umgekehrte Fall, in dem

20) Vgl. Bähr, Beurteilung, S. 137.

21) Ob man die Norm unmittelbar oder analog anwendet, mag dahinstehen.

22) A.A. VGH Baden-Württemberg, DÖV 1972, 428 für den Fall, daß die aufschiebende Wirkung eingetreten war und auch im übrigen vom VA keine nachteiligen Wirkungen ausgingen.

der VA nachträglich **r e c h t m ä ß i g** wird. Soweit hier künftige Rechtswirkungen des VA angegriffen werden, besteht zwar ohne weiteres ein Rechtsschutzbedürfnis, die Klage ist aber insoweit unbegründet. Ein Ausspruch über vergangene Rechtsfolgen dagegen würde für den Kläger günstig ausfallen; er kann jedoch nur bei Vorliegen besonderer Umstände, bei Darlegung eines berechtigten Interesses, begehrt werden. Nur wenn sekundäre Rechtsverhältnisse dadurch präjudiziert werden, ist ein Antrag auf Aufhebung des VA "bis zu einem bestimmten, vergangenen Zeitpunkt" zulässig.

3.2 Der tatsächliche Klageantrag

Ist geklärt, daß eine zeitlich beschränkte Teilaufhebung des VA durch das Gericht überhaupt möglich, ein darauf gerichteter Antrag grundsätzlich statthaft und bei entsprechendem Rechtsschutzinteresse zulässig ist, so zwingt dies doch keineswegs zu der Annahme, das Gericht habe nun automatisch eine nachträglich eingetretene, materiellrechtlich wesentliche Änderung der Sach- oder Rechtslage stets durch Teilaufhebung des VA zu berücksichtigen. Auch in der Verwaltungsgerichtsbarkeit gilt die Dispositionsmaxime, insbesondere ist in § 88 VwGO eines ihrer wichtigsten Merkmale gesetzlich festgelegt, die Bindung des Gerichts an den tatsächlich gestellten Klageantrag. Insoweit liegt die Bestimmung des Streit- und Urteilsgegenstandes und hier, als dessen Teilaspekts, auch des maßgeblichen Zeitpunkts für die Beurteilung ausschließlich in der Hand des Klägers. Er hat die Wahl, Antrag zu stellen auf Aufhebung sämtlicher Rechtsfolgen, nur der zukünftigen oder nur solcher, die bis zu einem von ihm zu nennenden Zeitpunkt eingetreten sind. Er bestimmt damit auch den Zeitpunkt, den das Gericht der Beurteilung zugrundelegen hat.²³⁾ Freilich darf man nun nicht in den Fehler verfallen, diese Prüfung als ausschließlich maßgebend anzusehen; sie ist nur eine von drei gleichberechtigten Komponenten. Gleichsam drei Schranken müssen fallen, damit das Gericht einen bestimmten Zeitpunkt zugrundelegen kann: Solche Teilaufhebung muß grundsätzlich statthaft, sie muß von einem Rechtsschutzbedürfnis des Klägers getragen und sie muß von diesem tatsächlich beantragt sein. Die letzte Forderung soll noch etwas näher erörtert werden.

23) Auf diese maßgebliche Bedeutung des Antrages weisen z.B. besonders hin: Eyermann-Fröhler, RNR. 2 zu § 113 VwGO; Bachof, JZ 1958, 301/303 und JZ 1966, 398; Martens, DÖV 1964, 365/367.

Stellt der Kläger bei unveränderter Sach- und Rechtslage den "normalen" Antrag auf Aufhebung eines bestimmten VA einschließlich des ihn bestätigenden Widerspruchsbescheids, so ist grundsätzlich davon auszugehen, daß damit Aufhebung sämtlicher Rechtsfolgen begehrt wird, über alle kann und muß das Gericht entscheiden. Der Kläger hätte zwar theoretisch die Möglichkeit, seinen Antrag und damit auch die Entscheidung des Gerichts zeitlich einzuschränken. Dafür fehlt ihm jedoch ein sinnvoller Anlaß; irgendwelche materiellen oder prozessualen Vorteile wären nicht zu erreichen. Anders wird es, wenn sich rechtliche oder tatsächliche Umstände nach Erlaß des Widerspruchsbescheides derart veränderten, daß die Rechtsfolgen in ihrer materiellen Rechtmäßigkeit divergieren, wenn also der VA rechtmäßig oder rechtswidrig wurde. Hier kann ein umfassender Klageantrag auf volle Aufhebung stets nur teilweise sachlichen Erfolg haben. Im übrigen müßte er der Abweisung verfallen, was zu Kosten- nachteilen führen könnte. Damit liegt es im wohlverstandenen Interesse des Klägers, Aufhebung des VA nur bis zu einem oder von einem bestimmten Zeitpunkt an zu verlangen, eben dem Zeitpunkt der eingetretenen relevanten Änderung. Hat sich die Rechts- oder Sachlage zugunsten des Klägers entwickelt, so wird er sich zweckmäßig auf den Anfechtungsantrag "ex nunc" beschränken. Einzelne Autoren vertreten nun, sofern sie diesen Antrag überhaupt zulassen, die Auffassung, es handle sich hier um einen ganz besonderen, neben dem eigentlichen Aufhebungsbegehren zusätzlich zu stellenden Antrag.²⁴⁾ Dem kann jedoch nicht zugestimmt werden: Beantragt der Kläger Aufhebung schlechthin, so will er **a l l e** Rechtswirkungen, verlangt er Aufhebung **ex nunc**, so will er nur einen **T e i l** der Rechtswirkungen beseitigt haben. Der zeitlich eingeschränkte Antrag ist damit kein aliud, sondern ein minus gegenüber dem regelmäßigen Klagebegehren.²⁵⁾ Es besteht deshalb auch kein Anlaß, stets einen speziellen Aufhebungsantrag ex nunc hilfsweise zu stellen; er ist im Aufhebungsantrag ex tunc bereits enthalten.²⁶⁾ Ähnlich ist es im umgekehrten Fall bei nachträglicher Änderung zu Ungunsten des Klägers: Auch hier ist im Antrag auf Aufhebung des VA bereits der auf Beseitigung der Rechtsfolgen bis zum Eintritt der Änderung inbegriffen.

24) So z.B. Eyermann-Fröhler, RNR. 6 zu § 113 VwGO; wohl auch Bachof, JZ 1966, 398.

25) Ebenso: Bähr, Beurteilung, S. 140; Lerche, DVBl. 1955, 776/777; VGH Baden-Württemberg, DÖV 1972, 429.

26) Die entgegengesetzte Auffassung sieht - unzutreffend - den Antrag auf Aufhebung ex nunc sachlich als Verpflichtungsantrag an.

Die Vorschrift des § 88 VwGO ist nun zwar nicht dogmatisch, wohl aber praktisch durch § 86 Abs. 3 VwGO eingeschränkt. Es ist Aufgabe des Vorsitzenden, auf Erläuterung unklarer und auf Stellung sachdienlicher Anträge hinzuwirken. Daraus ergibt sich im vorliegenden Fall zunächst einmal die Pflicht, den Kläger näher zu fragen, was er eigentlich begehrt, welche Rechtsfolgen er in Wahrheit aufgehoben haben will. Darüber hinaus hat der Vorsitzende auch Fragen des notwendigen Rechtsschutzinteresses sowie der sachlichen Erfolgsaussichten für bestimmte Anträge zumindest anzudeuten. Die Grenzen dieses "nobile officium" sind hier nicht zu eng zu ziehen, entsprechend verfährt auch die Praxis. Hinzu kommt, daß das Gericht nach § 88, 2. Halbsatz VwGO an die "Fassung" der Anträge nicht gebunden ist. Nicht zu vergessen ist schließlich die bei sachlichen Unklarheiten stets mögliche Auslegung von Anträgen; hierfür ergeben sich oft schon aus der Klagebegründung hinreichende Anhaltspunkte. Schöpft das Gericht all diese Möglichkeiten aus, so wird sich häufig ein allgemein gehaltenes Aufhebungsbegehren als zeitlich eingeschränkter Teilaufhebungsantrag erweisen. Ist er im übrigen zulässig und begründet, so kann und darf dann keine Teilabweisung der Klage erfolgen.

./.

§ 13 Konsequenzen für den maßgeblichen Zeitpunkt
bei privaten Gegenrechten Dritter

1. "Nachträgliche Unmöglichkeit" bei Hauptakt
2. "Vorübergehende Unmöglichkeit" bei Hauptakt
3. Änderungen der Sachlage bei Ergänzungsakt

./.

Die bisher allgemeinen materiell- und prozeßrechtlichen Ergebnisse sind nun auf unseren Sonderfall der privaten Drittrechte anzuwenden. Dabei hat man mehrere Situationen zu unterscheiden.

1. "Nachträgliche Unmöglichkeit" bei Hauptakt

Eine "nachträgliche Unmöglichkeit" ist, wie gesagt, entgegen einer zum Teil in der Rechtsprechung vertretenen Auffassung ¹⁾ sehr wohl geeignet, den VA rechtswidrig werden zu lassen. Widerruft daher z.B. der Dritte mit Wirkung ex nunc seine vorher erteilte Zustimmung, kündigt er eine Vereinbarung und wird damit das vom Adressaten verlangte Verhalten unzulässig, so wird auch der VA von diesem Augenblick an rechtswidrig. Grundsätzlich dasselbe gilt, wenn ein privates Drittrecht bei Erlass des VA überhaupt noch nicht vorhanden war, sondern erst später entstand; freilich ist hier, beruht das Recht auf freier Vereinbarung, eine eventuelle Anwendbarkeit der §§ 117, 134, 138, 306 BGB besonders sorgfältig zu prüfen, bei Einschlägigkeit dieser Vorschriften wäre ein Drittrecht nicht wirksam begründet. ²⁾ Rechtswidrig wird der Verwaltungsbefehl schließlich auch dann, wenn Gericht oder Behörde einen erforderlichen Ergänzungsakt (etwa eine Duldungsanordnung) endgültig aufheben. ³⁾

Der Kläger kann in all diesen Fällen Aufhebung des Hauptakts begehren. Am nötigen Rechtsschutzinteresse besteht kein Zweifel, da ihn ja Rechtsfolgen weiterhin belasten. Das Gericht hat den Verwaltungsbefehl vom Zeitpunkt des Rechtswidrig-Werdens an zu kassieren. Stellt der Kläger einen allgemein gehaltenen, umfassenden Aufhebungsantrag, so ist in der Regel keine Teilabweisung angebracht: Die gebotene Auslegung wird hier meist zeigen, daß es dem Betroffenen auf die vergangenen Rechtswirkungen nicht ankommt; notfalls hat der Vorsitzende gemäß § 86 Abs. 3 VwGO nachzufragen.

2. "Vorübergehende Unmöglichkeit" bei Hauptakt

Von noch größerer Bedeutung ist der umgekehrte Fall: Auch nach Erlass des VA und Abschluß des Widerspruchsverfahrens kann die

1) Vgl. § 10, Fußnote 3

2) Vgl. im einzelnen § 5 Abschnitt 2

3) Vgl. hierzu auch im einzelnen § 7 Abschnitt 4.1.2

vorherige Rechtswidrigkeit des VA durch Zustimmung des Dritten oder durch sonstigen Wegfall der Gegenrechte "geheilt" werden. Vor allem ist der Behörde das Nachschieben eines Ergänzungsakts mit der Folge möglich, daß von dessen Erlaß an der Hauptakt rechtmäßig wird. Damit läßt sich die vielfach erörterte Frage endgültig beantworten, wann spätestens eine Duldungsanordnung oder eine sonstige ergänzende Maßnahme gegen den Dritten ergehen muß: Nötig ist dieser Ergänzungsakt an sich sofort bei Erlaß des Hauptakts, mit heilender Wirkung ex nunc nachgeholt werden kann er aber bis zum Ende der mündlichen Verhandlung (§§ 101 Abs. 1, 104 VwGO) in der letzten verwaltungsgerichtlichen Tatsacheninstanz (§ 137 VwGO). Das ist besonders wichtig, aber auch leicht einzusehen, wenn man bedenkt, daß der Behörde die Existenz des Dritten und seine Rechte unter Umständen erst nach Erlaß des Widerspruchsbescheids während eines laufenden Klageverfahrens bekannt wurden und auch nicht früher von ihr erkannt werden konnten. Bestanden bisher die Rechte, so war und ist aber der VA ohne Rücksicht auf solche subjektiven Momente ⁴⁾ materiell rechtswidrig. Der Adressat bringt nun die Drittrechte ins Gespräch und deckt damit die Rechtswidrigkeit eines an ihn gerichteten VA auf; er kann sich den ihm dafür taktisch am geeignetsten erscheinenden Zeitpunkt beliebig aussuchen. Nach unserem Ergebnis verbleibt dann aber auch der Behörde stets die Möglichkeit des ergänzenden Einschreitens, was neben dem öffentlichen Ordnungs-Interesse auch das Prinzip der prozessualen Chancengleichheit und verfahrensökonomische Gedanken nahelegen. Die Behörde ist nicht gezwungen, den anhängigen Prozeß - etwa durch Rücknahme des VA - verlorenzugeben und dann sogleich einen neuen mit genau demselben Inhalt - nur begleitet von der erforderlichen Duldungsanordnung - zu erlassen. Dabei ist aber zu beachten, daß eine Heilung stets nur ex nunc, nicht ex tunc erfolgt. Das wird besonders bedeutsam, wenn schon zu einem Zeitpunkt, als der VA der Anordnung noch rechtswidrig war, Vollstreckungsmaßnahmen eingeleitet wurden: Sie sind und bleiben selbst dann rechtswidrig, wenn die Anordnung später durch einen VA gegen den Dritten ergänzt wird.

Selbstverständlich gilt der genannte "Endtermin" der letzten verwaltungsgerichtlichen Tatsacheninstanz nur, falls der Hauptakt tatsächlich mit Rechtsbehelfen angefochten ist. Wurde er unanfechtbar, so kann seine Rechtmäßigkeit an sich nicht mehr in Zweifel gezogen

4) Vgl. näher § 3 Abschnitt 4.1

werden, folglich bedarf es theoretisch keiner "Heilung" durch einen Ergänzungsakt. Praktisch können allerdings bei sich als notwendig erweisenden Vollstreckungsmaßnahmen dennoch erneute Probleme auftauchen: Trotz bestandskräftiger Anordnung ist ja bei fortbestehenden Drittrechten die Einleitung von Zwangsmaßnahmen grundsätzlich ermessensfehlerhaft.⁵⁾ In diesen Fällen wird sich ein Ergänzungsakt durchaus empfehlen. Eine echte zeitliche Grenze für seinen Erlaß besteht dann natürlich nicht; er muß lediglich der jeweiligen Vollstreckungsmaßnahme vorausgehen.

Gehen wir zurück zum Fall eines anhängigen Verwaltungsprozesses, so zeigt sich folgende Situation: Da der Hauptakt rechtmäßig geworden ist, erweist sich die Anfechtungsklage als unbegründet, soweit sie jetzige und zukünftige Wirkungen angreift. In der Vergangenheit bis zur Heilung waren die Wirkungen zwar rechtswidrig, ein materieller Beseitigungsanspruch bestand, jedoch fehlt für das gegenwärtige Klagebegehren in der Regel das nötige besondere Rechtsschutzinteresse. Wenn daher nicht die Ausnahme des Einflusses auf sekundäre Rechtsverhältnisse vorliegt, ist die Klage in vollem Umfang abzuweisen. Im anderen Fall wäre durch Auslegung und Befragung zu klären, ob eine Feststellung der Rechtswidrigkeit nur der früheren Rechtsfolgen begehrt wird oder darüber hinaus die Aufhebung **a l l e r** Rechtsfolgen, d.h. ob der Klage ganz oder (aus materiellrechtlichen Gründen) nur teilweise stattgegeben werden kann.

3. Änderungen der Sachlage bei Ergänzungsakt

Zur Wahrung der Vollständigkeit soll auch die rechtliche Situation bei Klagen gegen den Ergänzungsakt kurz aufgezeigt werden. Für ihn besteht ja die Besonderheit, daß er Sinn und Zweck aus einem vorhandenen Hauptakt schöpfen muß. Zumindest wenn dieser endgültig aufgehoben wird und mit seinem erneuten Erlaß auf absehbare Zeit nicht zu rechnen ist, wird auch der Ergänzungsakt rechtswidrig, da er dann für den Dritten eine durch nichts gerechtfertigte Belastung darstellt.⁶⁾ Freilich wird man, da ein Nichtigkeitsgrund für den Ergänzungsakt fehlt, nicht so weit wie Fellner⁷⁾ gehen dürfen,

5) Vgl. im einzelnen § 2 Abschnitt 3.2

6) Vgl. § 7 Abschnitt 4.1.1

7) DVBl. 1954, 692/693

der den Ergänzungsakt als "mangels eigenen Rechtsbestandes hin-fällig" ansieht und seine förmliche Aufhebung lediglich "zur Rechtsklarheit" empfiehlt. Andererseits kann man aber den VA auch nicht als "erledigt" nach § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO betrachten: Bis zu seiner Aufhebung spricht er einen verbindlichen Befehl ge-genüber dem Dritten aus, der Impulsgehalt, die Rechtsbeeinträch-tigung ist nicht weggefallen.⁸⁾ Anders verhält es sich, wenn der Dritte dem vom Adressaten verlangten Verhalten nach Erlaß eines Ergänzungsaktes verbindlich und unwiderruflich zustimmt. Auch hier erscheint zwar der weitere Bestand des Ergänzungsakts zunächst als überflüssig, doch darf daraus nicht der Schluß nunmehr eintreten-der Rechtswidrigkeit gezogen werden. Vielmehr hat sich die Maß-nahme hier tatsächlich "erledigt" im Sinne des § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO, eine belastende Wirkung für den Betroffenen geht von ihr nicht mehr aus. Falls nicht im Einzelfall ein besonderes berech-tigtes Feststellungsinteresse besteht, wäre eine Klage deshalb unzulässig.

Vernachlässigt werden kann der umgekehrte Fall, daß der Ergänzungs-akt erst später rechtmäßig wird. Besonderheiten gegenüber der Rechtslage beim Hauptakt bestehen hier nicht; in der Praxis wird diese Situation allerdings kaum vorkommen.

8) Vgl. Eyermann-Fröhler, RNR. 39 zu § 113, die hier von "Beschwer" sprechen.

VERFAHRENSRECHTLICHER TEIL

Handelte der erste Teil die *m a t e r i e l l* - rechtliche Problematik ab, die bei entgegenstehenden privaten Drittrechten auftritt, so folgt nun eine Darstellung der *v e r f a h r e n s* - rechtlichen Fragen. Der Begriff des "Verfahrens" soll dabei weit verstanden werden und Verwaltungs-, Widerspruchs- und Verwaltungsgerichts-Verfahren gleichermaßen umfassen.

Zwei Problemkreise stehen hier im Mittelpunkt der Erörterungen,

- einmal Recht und Pflicht zur Einführung der privaten Gegenrechte Dritter ins Verfahren und zu ihrer Berücksichtigung bei der Entscheidung als mehr gegenstandsbezogener Aspekt,
- zum anderen die Konsequenzen aus den Drittrechten für die Beteiligung im Verfahren als eher personenbezogener Gesichtspunkt.

Der Frage der Beteiligung im weitesten Sinne, d. h. der verfahrensrechtlichen Bewältigung dieses Dreiecksverhältnisses Behörde - Adressat - Dritter, wird der 4. Abschnitt dieser Arbeit gewidmet sein; zum Umgriff des Problems wird auf die Einleitung vor § 17 verwiesen. Zunächst aber interessiert hier der andere Aspekt, die Überlegung, wer eigentlich - Behörde, Adressat, Dritter oder Gericht - kann oder muß die privaten Gegenrechte in das Verfahren einbringen, für wen und in welchem Umfang besteht eine Aufklärungs-, Mitwirkungs- oder Behauptungspflicht, in welchem Ausmaß schließlich wirken sich auf solche Pflichten bzw. Lasten die Beteiligung mehrerer Rechtssubjekte und die privatrechtliche Natur der Beziehungen aus. Daß hier erhebliche Schwierigkeiten liegen, zeigten bereits die Erörterungen in § 6 zum speziellen Problem der "wahrscheinlichen", der "vermuteten", der "zu erwartenden" Zustimmung des Dritten. Dort wurde auch schon angedeutet, daß sich eine saubere Lösung dafür nur aus dem Verfahrensrecht finden läßt. Im folgenden soll nun versucht werden, dieses praktisch besonders hervorgetretene Einzelproblem in einen größeren Zusammenhang zu stellen und für diese wie für andere Fragen zu Ergebnissen zu gelangen, die gleichermaßen dogmatisch befriedigend und praktisch brauchbar sind. Das erfordert zunächst das Eingehen auf einige grundsätzliche verfahrensrechtliche Strukturen auf dem Gebiet der Beschaffung und Verwertung von Entscheidungsgrundlagen (§ 14). Einer Darlegung und Untersuchung der geltenden Prinzipien kann dann deren Anwendung auf unsere besondere Situation nachfolgen (§§ 15, 16).

3. Abschnitt: Befugnis und Verantwortung für die Einführung der privaten Gegenrechte Dritter als Entscheidungsgrundlage in das Verwaltungs- und Verwaltungsgerichtsverfahren

§ 14 Der Grundsatz der Amtsaufklärung und die Mitwirkungspflicht der Beteiligten

1. Amtsaufklärung als Teil des Untersuchungsgrundsatzes
 - 1.1 Dogmatischer Standort des Untersuchungsgrundsatzes
 - 1.2 Untersuchungsgrundsatz und Verhandlungsmaxime
2. Der Grundsatz der Amtsaufklärung im Verwaltungsverfahren und im Verwaltungsprozeß
 - 2.1 Geltung des Grundsatzes und Sinn dieser Regelung
 - 2.2 Der sachliche Umfang der Aufklärungspflicht
3. Die Mitwirkungspflicht der Beteiligten
 - 3.1 Lehre und Rechtsprechung
 - 3.2 Ursprung und Folgen der Mitwirkungspflicht im Verwaltungsprozeß
 - 3.3 Die Mitwirkungspflicht im Verwaltungs- und Widerspruchsverfahren

./.

1. Amtsaufklärung als Teil des Untersuchungsgrundsatzes

1.1 Dogmatischer Standort des Untersuchungsgrundsatzes

Bei behördlichen, vor allem bei gerichtlichen Verfahren, die auf eine verbindliche Entscheidung abzielen, stehen sich notwendig zwei "Rollenträger" gegenüber: Einmal das staatliche Organ, das zur Leitung und zum Abschluß des Verfahrens durch Entscheidung berufen ist, zum anderen ein oder mehrere Beteiligte, "in deren Angelegenheiten" das Verfahren stattfindet. Diese Beteiligten können zueinander in einem echten Gegnerverhältnis stehen ("kontradiktorisches" Verfahren), müssen dies aber nicht; sie können "gleichrangige" oder ganz verschiedenartige Stellung im Verfahren haben, es mag auch überhaupt nur ein einziger Beteiligter vorhanden sein (so die Regel im Verfahren vor der Verwaltungsbehörde). Dabei kann (auch einziger) Beteiligter ohne weiteres wieder eine Behörde sein,¹⁾ man denke nur an das Rechtsaufsichtsverfahren gegenüber Gemeinden oder an die Rolle der Staatsanwaltschaft im Straf- und Verwaltungsgerichtsverfahren.

Das Verfahren muß überhaupt eingeleitet werden, es soll mit einer Entscheidung abschließen, dazu sind umfangreiche Vorbereitungen erforderlich. Bei jeder gesetzlichen Verfahrensregelung müssen daher stets zwei "Zuständigkeitsfragen" beantwortet werden:

- (a) Wer ist Herr über das Verfahren als solches, d. h. bestimmt über seine Einleitung, Fortführung und Beendigung?
- (b) Wer ist Herr über den Streitstoff, d. h. bestimmt über Einführung, Beweisbedürftigkeit sowie Art und Umfang des Nachweises von Tatsachen?

Jede Verfahrensregelung muß die hier entstehenden Aufgaben, Pflichten und Rechte auf Gericht oder sonstige verfahrensleitende Behörde und auf Verfahrensbeteiligte verteilen. Dabei geht man in beiden Fällen zunächst von abstrakten Prinzipien aus, durch deren konkrete Kombination dann das Wesen der einzelnen Verfahrensordnung geprägt wird: Bei der Herrschaft über

1) Die Behörden nehmen dann als "Angelegenheit" ein spezielles öffentliches Interesse wahr.

das Verfahren als solches ist zu unterscheiden zwischen Offizial- und Parteimaxime,²⁾ je nachdem, ob die Befugnis zu Einleitung, Fortführung, Beendigung des Verfahrens dem verfahrensleitenden Organ oder den Beteiligten zukommt. Die Möglichkeit einer Klageerhebung, Antragstellung, Rechtsmitteleinlegung ebenso wie die zu ihrer Zurücknahme, zum Verzicht, zum Anerkenntnis usw. sind Merkmale der Parteimaxime, die Einleitung des Verfahrens von Amts wegen, sein Fortgang, sein Abschluß ohne Rücksicht auf Anträge der Beteiligten sind Merkmale der Offizialmaxime. Das Gegensatzpaar Untersuchungs- und Verhandlungsmaxime bezeichnet dagegen die Herrschaft über den Streitstoff.³⁾ Danach bestimmt sich, wer die Verantwortung für die Beschaffung des richtigen und vollständigen Tatsachenmaterials sowie die Verfügungsmacht darüber hat, d. h. wer zur Einführung von Tatsachen berechtigt, unter Umständen verpflichtet ist und wer über ihre Berücksichtigung verbindlich bestimmen kann. Bei Untersuchungsmaxime obliegt diese Zuständigkeit dem verfahrensleitenden Organ, bei Verhandlungsmaxime kommt sie den Beteiligten zu. Dabei ist auf eine saubere Trennung zwischen den beiden angeführten Gegensatzpaaren zu achten. Eine Kombination zwischen ihnen ist ohne weiteres möglich, in der Praxis auch häufig durchgeführt. Die Herrschaft über das Verfahren und über den Tatsachenstoff müssen nicht notwendig derselben Person oder Institution übertragen werden. So gelten zum Beispiel im Verwaltungsgerichtsverfahren Untersuchungs- und Parteimaxime (vgl. § 86 bzw. §§ 81, 88, 92, 129 VwGO).

1.2 Untersuchungsgrundsatz und Verhandlungsmaxime

In unserem Zusammenhang interessiert vor allem das Gegensatzpaar Untersuchungs-/Verhandlungsmaxime. Die damit angesprochene Verantwortung für den Tatsachenstoff setzt sich im wesentlichen aus drei Bestandteilen zusammen:⁴⁾ Das ist einmal die Zuständigkeit für die Einführung von Tatsachen ins Verfahren. Hier ist zu regeln, wer tatsächliche Behauptungen aufstellen kann und dies unter Umständen muß, damit sie für die Entscheidung verwertbar sind. Es wird hier die Aufgabenverteilung zwischen verfahrensleitendem Organ

2) Vgl. etwa Rupp, AÖR 85, 149/185; die Parteimaxime wird dabei häufig auch als "Dispositionsgrundsatz" bezeichnet.

3) Vgl. etwa Rupp, a.a.O., S. 188; Lang, VerwArch. 52, 60/61; Lüke, JZ 1966, 587/589.

4) Vgl. besonders klar: Rupp, a.a.O., S. 189.

und Beteiligten hinsichtlich der Herbeischaffung der Tatsachen vorgenommen. Der "Amtsaufklärungspflicht" beim strengen Untersuchungsgrundsatz steht der "Beibringungsgrundsatz", die volle Behauptungslast der Parteien, beim reinen Verhandlungsgrundsatz gegenüber. Die zweite Ausprägung ist die Frage, ob das verfahrensleitende Organ an übereinstimmenden Sachvortrag der Beteiligten gebunden ist. Es handelt sich hier darum, wer über die Beweisbedürftigkeit einer eingeführten Tatsache entscheidet. Zum dritten schließlich bleibt die Zuständigkeit zur Herbeischaffung von Beweismitteln zu regeln. Hier ist zu bestimmen, ob Beweisführungsrecht, -pflicht oder -last der Beteiligten besteht, ob diese Beweismittel angeben oder gar unmittelbar ins Verfahren einführen können oder müssen.

Untersuchungs- oder Verhandlungsgrundsatz dürfen dabei nicht als im konkreten Verfahren notwendig einheitlich geltende und sich dann in vollem Umfang gegenseitig ausschließende Regeln betrachtet werden. Sie sind lediglich abstrakte Begriffe zur juristischen Erfassung von Grenzfällen. In der konkreten Regelung des einzelnen Verfahrens sind die verschiedensten Kombinationen einzelner der drei Merkmale, aber auch Einschränkungen innerhalb der drei Ausprägungen denkbar. So kann etwa Behauptungslast der Beteiligten bestehen, eine Beweisführungspflicht oder -last oder eine Bindung des Entscheidungsorgans an aufgestellte übereinstimmende Behauptungen aber ganz oder teilweise fehlen. Es kann eine Pflicht zur Tatsacheneinführung in vollem Umfang allen oder nur einzelnen Beteiligten unter Ausschließung oder zusätzlich neben einer gleichen Pflicht des Entscheidungsorgans auferlegt sein. Schließlich kann auch eine gegenständliche Aufteilung der Zuständigkeit erfolgen, etwa derart, daß Beteiligte nur für Beibringung eines "Sachverhaltskerns" verantwortlich sind, die weiteren Tatsachen vom verfahrensleitenden Organ beschafft werden müssen. ⁵⁾

2. Der Grundsatz der Amtsaufklärung im Verwaltungsverfahren und im Verwaltungsprozeß

Im Rahmen der vorliegenden Arbeit ist in erster Linie der zuerst genannte Aspekt, die Verantwortung für die Einführung des Tatsachenstoffes ins Verfahren, von Interesse. Dieses Problem im

5) Diese Auffassung vertritt wohl für die VwGO Baur, Richterliche Hinweispflicht und Untersuchungsgrundsatz, S. 44.

Verwaltungs- und Verwaltungsgerichtsverfahren soll etwas näher erörtert werden.

2.1 Geltung des Grundsatzes und Sinn dieser Regelung

Nach der R e g e l u n g des § 86 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1 VwGO erforscht im V e r w a l t u n g s p r o z e ß das Gericht den Sachverhalt von Amts wegen. Diese Bestimmung ist Ausprägung und Teil der Untersuchungsmaxime, sie wird, wie schon gesagt, als Grundsatz der Amtsaufklärung bezeichnet. Zuständigkeit und Pflicht zum Herbeischaffen von Tatsachen sind hier grundsätzlich dem Gericht als verfahrensleitendem Organ zugeteilt. Zur primären "Zuständigkeitsverteilung" tritt dabei sekundär eine Sicherung ordnungsgemäßer Durchführung und richtigen Abschlusses des Verfahrens durch Auferlegung einer Rechtspflicht. Der Verstoß gegen sie stellt eine Amtspflichtverletzung des Richters und einen Verfahrensfehler des Gerichts dar, kann zu Konsequenzen innerhalb und außerhalb des einzelnen Verfahrens führen. Eine Behauptungslast der Parteien, d. h. des Bürgers und der Verwaltungsbehörde, besteht dagegen grundsätzlich nicht, der Beibringungsgrundsatz ist nicht anwendbar. Andererseits ist für die Beteiligten die Einführung von Tatsachen nicht generell oder auch nur teilweise untersagt oder beschränkt. Sie sind hierzu durchaus berechtigt, obwohl grundsätzlich nicht dafür verantwortlich - vgl. etwa auch § 86 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 VwGO. Im V e r w a l t u n g s v e r f a h r e n ist die Verwaltungsbehörde selbst Entscheidungsorgan. Auch hier gilt nach allgemeiner Meinung der Grundsatz der Amtsaufklärung,⁶⁾ dies über die ausdrückliche Festlegung in einzelnen Gesetzen - etwa § 108 Abs. 1 Satz 3 BBauG für das dortige Enteignungsverfahren, § 204 Abs. 1 AO für das Besteuerungsverfahren - hinaus ganz generell: Es handelt sich um einen gewohnheitsrechtlichen allgemeinen Grundsatz, für den übrigens de lege ferenda durch §§ 17 ff. EVwVfGBReg eine positivgesetzliche Regelung und nähere Ausgestaltung vorgesehen ist. Nicht anders ist die Rechtslage im W i d e r s p r u c h s v e r f a h r e n . Dabei ist ohne Bedeutung, ob man es als Fortsetzung des Verwaltungsverfahrens oder als Vorstufe des Verwaltungsgerichtsverfahrens betrachtet, und ob man dann die Geltung der Amtsaufklärungspflicht aus allgemeinen Grundsätzen herleiten oder die Analogie zu § 86 VwGO vorziehen will.

6) So z.B. Wolff, Verwaltungsrecht III, S. 284: Hauelsen, NJW 1966, 764 (Fußnote 9 auf S. 765); mit zahlreichen weiteren Nachweisen derselbe, DVBl. 1962, 881/882 und dort Fußnote 20.

Der Grund für die Geltung dieses Prinzips in allen drei Verfahren ist unschwer ersichtlich. Im Verwaltungsverfahren ist Entscheidungsorgan die Verwaltungsbehörde. Die Beschaffung der tatsächlichen Grundlagen des Verfahrensergebnisses soll und kann hier nicht dem Bürger als Beteiligtem überlassen bleiben. Für Umstände, die zu seinen Ungunsten wirken, verbietet sich die Auferlegung einer Behauptungslast schon von selbst; eine derartige Regelung ist nur bei echten kontradiktorischen Verfahren (für den jeweiligen Gegner) möglich und auch dann nur, wenn nicht öffentliche Interessen - wie hier der Fall - unmittelbar berührt werden. Soweit Tatsachen dem einzelnen zugute kämen (so Ausnahmetatbestände bei Erlass belastender oder anspruchsbegründende Tatsachen bei Erlass begünstigender Verwaltungsakte), wäre eine Behauptungslast zwar grundsätzlich denkbar, ⁷⁾ wegen des überwiegenden öffentlichen Interesses und praktischer Schwierigkeiten empfiehlt sich ihre generelle Einführung jedoch nicht. Es ist weitaus sachgerechter, hier der Verwaltungsbehörde die Verantwortung zu übertragen. Der Bürger würde sonst zum ewigen Bittsteller gegenüber dem "Moloch Staat". Daß das Bild der Behörde als eines unbittlichen, nur auf den eigenen Vorteil bedachten, zu Rücksichtnahme nicht verpflichteten Gegners in den modernen demokratischen Rechts- und Sozialstaat nicht paßt, bedarf keiner näheren Erörterung. Ähnlich sind die Verhältnisse im Verwaltungsverfahren. Hier ließe sich allerdings theoretisch volle Behauptungslast einführen, da ein echtes kontradiktorisches Verfahren vorliegt. Der Gesetzgeber hat aber hierauf verzichtet und hat die Beschaffung der tatsächlichen Entscheidungsgrundlagen in erster Linie dem Entscheidungsorgan, d. h. hier dem Gericht, übertragen. Das geschah aus gutem Grund und sollte nicht lediglich auf die historische Entwicklung der Verwaltungsgerichtsbarkeit aus einem Verwaltungsverfahren zweiter Instanz zurückgeführt werden. Es stehen hier in aller Regel öffentliche Interessen derart unmittelbar auf dem Spiele, daß sich die Einschaltung eines staatlichen Organs auch insoweit nachdrücklich empfiehlt. Dies kann aber nur das neutrale Gericht, nicht die als Partei auftretende Verwaltungsbehörde sein. Zudem soll dem Betroffenen auch eine gewisse Hilfestellung geleistet werden. Der Gesichtspunkt der Chancengleichheit im Verfahren legt es nahe, dem Gericht möglichst umfassende

7) Ähnliches ist z.B. im Steuerrecht z. Tl. in Form sogenannter "Antragstatbestände" durchgeführt; vgl. dazu eingehend Schick, StuW 1969, 361/362 bis 374.

Aufgaben im Bereich der Tatsachenermittlung aufzutragen und möglichst wenig den Beteiligten zu überlassen. Andernfalls stünde der einzelne der "Phalanx" der Verwaltung gegenüber, trüge die gleichen umfangreichen Behauptungslasten wie diese, ohne mit einem entsprechenden Verwaltungsapparat, Hilfsmitteln und Zeit ausgestattet zu sein. Für das **W i d e r s p r u c h s v e r f a h r e n** erübrigen sich auch hier infolge seiner Zwischenstellung weitere Ausführungen.

2.2 Der sachliche Umfang der Aufklärungspflicht

Ist geklärt, daß in Verwaltungs- und Verwaltungsgerichtsverfahren der Grundsatz der Amtsaufklärung gilt, so stellt sich sofort die Frage nach seinem sachlichen Umfang. Es ist zu prüfen, **w e l c h e** Tatsachen Behörde bzw. Gericht zu ermitteln haben.

Maßgeblich ist der denkbare Inhalt der das Verfahren abschließenden Entscheidung. Hier sind zunächst, bevor eine Sachentscheidung ergehen kann, die Schranken der "Verfahrensvoraussetzungen" zu überwinden. Dies gilt für das Verwaltungs- und Widerspruchsverfahren ebenso wie für das Verwaltungsgerichtsverfahren. Häufig handelt es sich hier um die Untersuchung der eigenen Entscheidungskompetenz durch das Verfahrensorgan: Stets darf nur innerhalb festgelegter Grenzen eine sachliche Entscheidung ergehen. Bereits die Prüfung dieser Grenzen im konkreten Fall setzt aber eine Ermittlung von Tatsachen voraus, eine Verneinung der Kompetenz macht weitere Ermittlungen überflüssig. Als Beispiel sei hier nur die Prüfung der eigenen Zuständigkeit genannt. Sind diese Sachentscheidungsvoraussetzungen - beim verwaltungsgerichtlichen Verfahren kann hierzu noch ein mehr formeller Teil der Sachprüfung kommen, z. B. Prüfung der Zuständigkeit der Behörde, die einen angefochtenen VA erlassen hat - so hängt der richtige Inhalt der Entscheidung allein vom einschlägigen materiellen Recht ab. Im gesetzlichen Tatbestand der Eingriffs-, Anspruchs- oder sonstigen Rechtsnorm sind abstrakte Merkmale aufgeführt, denen die konkrete Gestaltung des Sachverhalts durch Behörde bzw. Gericht subsumiert werden muß. Einzelheiten dieses realen Sachverhalts sind daher insoweit zu ermitteln, als sie die Subsumtion, damit den Inhalt der Entscheidung, ihre Richtigkeit, Rechtmäßigkeit, beeinflussen können. Hieraus rechtfertigt sich die Behauptung, der Umfang der Ermittlungspflicht

bestimme sich nach dem zugrundeliegenden materiellen Recht.⁸⁾ Allerdings besteht in den meisten Fällen die rechtliche Grundlage der Entscheidung, damit die Wurzel der Tatsachenbeschaffung, nicht in der einzelnen, genau abgegrenzten Norm, die alle denkbaren Tatbestandsmerkmale ausdrücklich und gesondert aufführt. So erschließen sich einzelne Tatbestandsmerkmale erst durch Auslegung aus dem Zusammenhang mehrerer Normen oder gar Gesetzeswerke, beruhen auf geschriebenen oder ungeschriebenen allgemeinen Grundsätzen,⁹⁾ Vorschriften werden durch höherrangiges Recht eingeschränkt, ergänzt oder modifiziert, analoge Anwendung anderer Regelungen kann angebracht sein.

Soweit öffentlichrechtliche - geschriebene oder ungeschriebene - Normen Begriffe des Privatrechts enthalten und damit die konkreten privaten Rechtsbeziehungen und Vorgänge den Inhalt, die Rechtmäßigkeit der öffentlichrechtlichen Entscheidung beeinflussen können, ist auch durch Verwaltungsbehörde und Verwaltungsgericht das private Rechtsverhältnis zu prüfen und sind die hierfür wichtigen Tatsachen aufzuklären. Kann etwa dem "Eigentümer" eines Hauses eine Pflicht zur Zahlung von Grundsteuer auferlegt werden, ist der "Mieter" einer Wohnung anspruchsberechtigt für Wohngeld, so müssen die zugrundeliegenden Tatsachen ermittelt werden. Eine Beschränkung aus dem Gesichtspunkt der Kompetenz infolge Aufteilung in Gerichtszweige besteht hier nicht, solange nur über Vorfragen befunden wird, solange nur Tatsachen ermittelt und beurteilt werden sollen, die solche Vorfragen ausfüllen. Dieser Hinweis mag zunächst genügen, eine eingehendere Darstellung der hier auftretenden Fragen bleibt § 16 vorbehalten.

Es wurde bereits erwähnt, daß auch ungeschriebene Grundsätze des allgemeinen Verwaltungsrechts die Rechtmäßigkeit der Entscheidung, damit den Umfang der Ermittlungspflicht, beeinflussen können. Solche Grundsätze wirken sich vor allem bei belastenden Verwaltungsakten häufig als Ausnahme gegenüber der speziellen Ermächtigungsnorm aus, sind dann "ungeschriebene negative Tatbestandsmerkmale". So können etwa nach Art. 78 Abs. 4 BayBO unter bestimmten Voraussetzungen

8) So z.B. BVerwG, DVBl. 1964, 192; zustimmend Menger, VerwArch. 55, 388.

9) Ein typisches Beispiel dafür ist die Ausübung und Kontrolle von Ermessen: Maßgeblich ist § 114 VwGO, aber darüber hinaus sind vielfach allgemeine Grundsätze einschlägig, die zum Teil Verfassungsrang besitzen.

bauliche Maßnahmen verlangt werden. Diese Befugnis ist aber eingeschränkt u. a. durch die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Notwendigkeit des Eingriffs überhaupt, durch die Grenzen einer ordnungsgemäßen Ermessensausübung und auch durch das Verbot (Art. 20 Abs. 3 GG), ein unzulässiges, d. h. rechtlich unmögliches Verhalten zu verlangen. Es ist kaum ein VA denkbar, bei dem Überlegungen in dieser Richtung ganz abwegig wären. Ob er nun mit allgemeinen Prinzipien vereinbar oder wegen Verstoßes gegen eines von ihnen rechtswidrig ist, hängt stets von den tatsächlichen Umständen des konkreten Falles ab. Folglich besteht auch in diesem Rahmen prinzipiell die Ermittlungspflicht der Behörde bzw. des Gerichts. Auch "negative" Tatbestandsmerkmale, seien sie ungeschrieben oder im Gesetz ausdrücklich erwähnt, erweitern die Pflicht zur Amtsaufklärung. Freilich zeigen sich hier Grenzen, die jeder Ermittlungspflicht zu ziehen sind: Es ist zwar theoretisch denkbar, jedoch praktisch undurchführbar, daß Behörde oder Gericht ohne besonderen Anlaß nach allen Tatsachen forschen, die sich unter einen dieser zahllosen möglichen Ausnahmefälle subsumieren ließen. Wollte man dies verlangen, würde man Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit lähmen. Vor jedem Verwaltungsakt, Widerspruchsbescheid, Verwaltungsgerichtsurteil müßten Hunderte denkbarer Sachverhaltsvarianten durchdacht, müßte vom Entscheidungsorgan eine Unzahl tatsächlicher Ermittlungen angestellt werden. Auch die entferntesten, absurdesten Möglichkeiten wären zu erörtern, Tatsachen wären nachzuprüfen, zu deren Überprüfung kein vernünftiger Anlaß besteht. Fehlentwicklungen lassen sich hier jedoch durch sinnvolle Anwendung eines Rechtsinstitutes vermeiden, das, Bedürfnissen der Praxis folgend, von Rechtsprechung und Rechtslehre entwickelt wurde: Es handelt sich um den Gedanken einer verfahrensrechtlichen "Mitwirkungspflicht" der Beteiligten bei der Sachverhaltsaufklärung.

3. Die Mitwirkungspflicht der Beteiligten

3.1 Lehre und Rechtsprechung

Ein Rechtsinstitut der Mitwirkungspflicht trotz Geltung des Untersuchungsgrundsatzes im verwaltungsgerichtlichen Verfahren wird von der ganz h. M. anerkannt. ¹⁰⁾ Weitgehende Unsicherheit besteht

¹⁰⁾ BVerwG, NJW 1959, 2134 (Nr. 40 Leitsatz), DVBl. 1964, 192 und 193, BayVBl. 1972, 81; Wolff, Verwaltungsrecht III, S. 284; Hauelsen, NJW 1966, 764 und DVBl. 1962, 881/882; Maetzel, DÖV 1966, 520/521; Lüke, JZ 1966, 587/590; Lang, VerwArch. 52, 175/186 mit weiteren Nachweisen dort in Fußnoten 56 bis 62; grundsätzlich auch Eyermann-Fröhler, RNR. 3 zu § 86 VwGO und Menner, VerwArch. 55, 388/389; für das Steuerrecht: vgl. Kühn, Anm. 1 und 4 zu § 204 AO und näher: Schick, Stuw 1969, 361/374 ff.

jedoch gleichermaßen über die Herleitung dieses Instituts wie über seine dogmatische Einordnung und die Rechtsfolgen einer solchen Pflicht.

Bereits ihre grundsätzliche Anerkennung wird auf ganz verschiedene Erwägungen gestützt. So beruft sich das BVerwG ¹¹⁾ auf die entsprechende Anwendbarkeit des § 138 ZPO über § 173 ZPO: Die Pflicht der Parteien, ihre Erklärungen über tatsächliche Umstände abzugeben, bestehe auch im Verwaltungsprozeß. Andere greifen auf § 82 Abs. 1 Satz 2, § 86 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2, § 86 Abs. 3, letzter Halbsatz, § 95 VwGO zurück: ¹²⁾ Die dort geforderte gerichtliche Aktivität gehe eindeutig von aktiven Parteien aus, ohne eine Pflicht auch der Parteien zur Mitwirkung bei der Aufklärung würden diese Vorschriften praktisch obsolet. Schließlich wird vielfach darauf hingewiesen, vernünftigerweise hätten eigene Ermittlungen des Gerichts erst dann einzusetzen, wenn sich aus dem Vorbringen der Parteien irgendwelche Hinweise auf entscheidungserhebliche Tatsachen ergäben. ¹³⁾ Dies spricht auch Bachof ¹⁴⁾ an, wenn er die "praktische Unmöglichkeit" darlegt, an der jede gerichtliche Tatsachenermittlung scheitern müsse, werde sie nicht von aktiven Parteien in eine bestimmte und sinnvolle Richtung gelenkt.

Noch weiter auseinander gehen die Auffassungen hinsichtlich der praktischen Konsequenzen, die aus der Mitwirkungspflicht der Parteien zu ziehen sind. Das BVerwG z. B. sieht sie als "Grenze der gerichtlichen Aufklärungspflicht" an; als zu weitgehend empfindet dies vor allem Menger, der betont, trotz Mitwirkungspflicht der Parteien habe das Gericht auch insoweit und unabhängig davon selbst von Amts wegen zu ermitteln. ¹⁵⁾ Maetzel wieder dürfte im Ergebnis sogar noch über das BVerwG hinausgehen, wenn er die Mitwirkungs-

-
- 11) DVBl. 1964, 192 und 193; zustimmend insoweit auch Menger, a.a.O., mit näherer Begründung; Bedenken äußern u.a. Eyermann-Fröhler, a.a.O.
- 12) So v. a. Maetzel, a.a.O., S. 521; Lang a.a.O., S. 185; wohl auch Menger, a.a.O., S. 389, Lüke, a.a.O., S. 589 und 590, und Bachof II, S. 186 u. 187; Hauelsen, NJW 1966, 764. Gegen diese Auffassung wendet sich Baur, Hinweispflicht, S. 40 und 44; dazu wiederum vgl. die zutreffende Kritik von Bachof II, S. 184 u. 185.
- 13) Z.B. Bähr, Beurteilung, S. 25 Fußnote 54.
- 14) a.a.O., S. 185; ebenso Schick, a.a.O., S. 374, 375 für das Steuerrecht und Lüke, a.a.O., S. 590; ähnlich auch Lang, a.a.O., S. 187 und Kühn, Anm. 4 zu § 204 AO, der die Unzumutbarkeit der Aufklärung heranzieht.
- 15) BVerwG in den 3 in Fußnote 10 genannten Entscheidungen; Menger, a.a.O., S. 389.

pflicht im Verwaltungsprozeß als Ersatz für die Behauptungs- und Beweisführungslasten der ZPO ansieht; eindeutig befürwortet wird das von Lang, der in der Mitwirkungspflicht eine "echte Behauptungs-last" sieht: Auch wenn das Gericht die Möglichkeit eigener Ermittlungen ohne weiteres hätte, sei es von der Pflicht hierzu befreit, unter Umständen bestehe sogar ein Verbot für eigene gerichtliche Ermittlungen - etwa bei Darlegung der Gründe für eine Ermessensausübung der Behörde. ¹⁶⁾

3.2 Ursprung und Folgen der Mitwirkungspflicht im Verwaltungsprozeß

Zunächst einmal bestehen gegen die Heranziehung des § 138 ZPO durch das BVerwG erhebliche Bedenken. In Frage können hier nur Absatz 1 oder Absatz 2 dieser Vorschrift kommen. Dabei vermag Absatz 1 für unsere Frage nichts auszusagen: Dort wird keine Pflicht oder Last begründet, überhaupt Tatsachen anzugeben, diese ist vielmehr schon vorausgesetzt. § 138 Abs. 1 ZPO statuiert lediglich eine Vollständigkeits- und Wahrheitspflicht bei Angaben, jedoch keine Pflicht zu Angaben. Mag man eine Anwendbarkeit des § 138 Abs. 1 ZPO über § 173 VwGO auch grundsätzlich bejahen, so sind daraus keine Schlüsse auf Grenzen der Amtsaufklärungspflicht des Gerichtes zu ziehen. § 138 Abs. 2 ZPO wiederum betrifft zwar die Erklärungs-pflicht zu Tatsachen, die vom Prozeßgegner vorgetragen wurden; hier bestehen jedoch erhebliche Zweifel an der Anwendbarkeit im Verwaltungsprozeß. Die Norm hängt eng zusammen mit dem in der ZPO geltenden Beibringungsgrundsatz. Gerade wegen Geltung dieses Grundsatzes ist sie erst erforderlich, damit überhaupt eine Entscheidungsgrundlage zustandekommen kann. Sie ist nur sinnvoll, wo, was im Rahmen der VwGO gerade nicht der Fall ist, eine generelle Bindung des Gerichts an den Parteivortrag besteht. Nur da braucht das Gericht eine eindeutige Erklärung von der Partei, ob die vom Gegner behaupteten Tatsachen zugestanden oder bestritten werden. Die Tatsachenbehauptung wird hier, sofern nicht bestritten, bindende Entscheidungsgrundlage; beim Amtsaufklärungsgrundsatz wäre sie dagegen nur Anhaltspunkt für weitere Nachforschungen des Gerichts.

Andererseits besteht jedoch aus praktischen Gründen die Notwendigkeit, der Aufklärungspflicht des Gerichts Grenzen zu setzen. Ohne konkrete Anhaltspunkte ist es diesem unmöglich, bestimmte Tatsachen

16) Vgl. Maetzel, a.a.O., S. 521; Lang, a.a.O., S. 190.

aufzuklären. Das Gericht muß von den Parteien ein Minimum an Information erhalten, damit eigene Ermittlungen überhaupt einsetzen können. Soweit mangels Kenntnis von Ausgangstatsachen überhaupt keinerlei Möglichkeit zur Tatsachenerforschung vorhanden wäre, kann dem Gericht eine Pflicht dazu nicht obliegen. Wo überhaupt die Möglichkeit der Erfüllung nicht besteht, darf keine Rechtspflicht auferlegt werden mit allen Konsequenzen bei ihrer Verletzung (Verfahrensfehler, Amtspflichtverletzung). Das ist eine nahezu selbstverständliche Feststellung. Solche Einschränkung ergibt sich ohne spezielle Vorschriften bereits durch Auslegung der Normen, die eine Aufklärungspflicht statuieren. Wenn §§ 82, 86, 95 VwGO von einer Mitwirkungspflicht der Beteiligten in diesem Sinne ausgehen, d. h. einem eingeschränkten Amtsaufklärungsgrundsatz, so mag dies zur weiteren Unterstützung dieser Auslegung herangezogen werden. Unbedingt notwendig freilich wären diese Hinweise nicht, dies vor allem, solange man die Mitwirkungspflicht nur als "Grenze" der Aufklärungspflicht des Gerichts versteht und nicht als eine erzwingbare oder bei Verletzung zu Ahndungen führende echte Rechtspflicht.

Zur weiteren wesentlichen Frage nach Inhalt und Folgen der Mitwirkungspflicht ist zunächst nochmals auf die Darlegungen unter 1.2 Bezug zu nehmen. Der Untersuchungsgrundsatz äußert sich in drei Bereichen, nämlich der Ermittlung von Tatsachen, der Beschaffung von Beweismitteln und der Entscheidung über die Beweisbedürftigkeit. Die Mitwirkungspflicht nun wird in der gesamten Literatur ganz eindeutig als Gegenpol zur Aufklärungspflicht verstanden, also auf die Tatsachenermittlung bezogen. ¹⁷⁾ Sie scheint damit zunächst der beim Beibringungsgrundsatz geltenden Behauptungslast zu ähneln. Freilich bestehen ganz erhebliche Unterschiede: Erinnern wir uns daran, daß Amtsaufklärungs- und Beibringungsgrundsatz primär eine Verteilung der Zuständigkeiten zwischen dem verfahrensleitenden Organ und den Beteiligten bedeuten, sekundär eine Sicherung dieser Zuständigkeiten. Letztere geschieht beim Beibringungsgrundsatz durch das Verbot der Berücksichtigung nicht von Parteien eingeführter Tatsachen, beim Amtsaufklärungsgrundsatz durch das Gebot an das Gericht (Auferlegung einer echten Rechtspflicht), Tatsachen herbeizuschaffen, um den Vorwurf eines Verfahrensfehlers zu vermeiden. Kein Zweifel kann übrigens daran bestehen, daß auch bei

17) Ob eine entsprechende Anwendung auch auf die Beweismittelbeschaffung denkbar erscheint, kann hier dahinstehen.

Geltung strenger Amtsaufklärung eine Partei durchaus berechtigt ist, Tatsachen einzuführen. Daß nun die Mitwirkungspflicht, soweit sie gilt, anders als meist die Behauptungslast, kein Verbot für das Gericht erzeugt, von sich aus zu ermitteln, ist wohl allgemein anerkannt. Daher wird von ihr das Ermittlungsrecht des Gerichts, d. h. die Zuständigkeitsverteilung, nicht angetastet. Andererseits kann aber Menger ¹⁸⁾ nicht gefolgt werden, wenn er sagt, auch die Ermittlungspflicht des Gerichts bleibe unverändert. Dies liefe praktisch auf eine völlige Ablehnung des Rechtsinstituts der Mitwirkungspflicht hinaus, denn was bliebe dann noch übrig? Irgendwelcher Zwang zur Erfüllung der Mitwirkungspflicht ist nach geltendem Recht schon mangels gesetzlicher Regelung wegen des Rechtsstaatsgrundsatzes nicht denkbar; nach Menger's Auffassung würden auch weder prozessuale Nachteile für die säumige Partei noch eine Einschränkung der Zuständigkeiten oder Pflichten des Gerichts eintreten. Damit aber wäre die verbale Anerkennung einer Mitwirkungspflicht völlig bedeutungslos. Es würde sich um ein ohnehin selbstverständliches Risiko bei ungenügendem eigenen Sachvortrag handeln, würde derart eine für die Partei günstige Tatsache nicht bekannt. Irgendeine rechtliche Qualifikation würde der Mitwirkungspflicht damit abgesprochen. Als zutreffend bleibt damit die besonders vom BVerwG vertretene Auffassung übrig: Zwar ist das Gericht weiterhin befugt (Ermittlungsrecht), aber nicht mehr verpflichtet (keine Ermittlungspflicht), solche Tatsachen ins Verfahren einzuführen. In diesem Sinne ist die Mitwirkungspflicht eine "Grenze der gerichtlichen Aufklärungspflicht". Wird freilich ein Anhaltspunkt auf andere Weise bekannt, so setzt die gerichtliche Aufklärungspflicht wieder in vollem Umfang ein. Gerade hier liegt ein wesentlicher Gegensatz zur Behauptungslast, des Beibringungsgrundsatzes, der hier nicht nur eine Pflicht, sondern sogar ein Recht des Gerichts zu Ermittlung und Berücksichtigung verneint.

Eine wesentliche Erscheinung ist abschließend zu erwähnen: Bleibt eine entscheidungserhebliche Tatsache unberücksichtigt, deren Einführung der Mitwirkungspflicht unterlegen hätte, so liegt zwar kein Verfahrensfehler vor. Nicht beseitigt wird dadurch aber die eventuelle m a t e r i e l l e Rechtswidrigkeit des Urteils. ¹⁹⁾ Dieses muß ja

18) a.a.O., S. 389

19) Dies betont auch zu Recht für das finanzgerichtliche Verfahren Schick, a.a.O., S. 377.

nicht nur ordnungsgemäß zustandegekommen sein, sondern zusätzlich das nach Sachlage richtige Ergebnis aussprechen. Eine real bestehende Tatsache bleibt aber entscheidungserheblich, ihre Nichtberücksichtigung macht das Urteil fehlerhaft, auch wenn das Gericht keine Pflicht oder Möglichkeit hatte, diese Tatsache zu kennen und zu würdigen.

3.3 Die Mitwirkungspflicht im Verwaltungs- und Widerspruchsverfahren

Für Mitwirkungspflichten im Verwaltungsverfahren finden sich nicht selten spezialgesetzliche Regelungen oder wenigstens Anhaltspunkte; man denke etwa an §§ 166, 170, 205 Abs. 2 AO, § 115 BSHG, § 8 LebensmittelG, §§ 12, 32 BSeuchG, § 3 Abs. 1 StVZO. Allerdings ist hier Vorsicht geboten, da es sich dabei teilweise um eine ganz anders strukturierte - quasi "materiellrechtliche" - Mitwirkungspflicht handelt. Ihr ist wesenseigen, daß eine Verletzung auch echte materiellrechtliche Konsequenzen haben kann. Die Behörde erhält hier, verstößt der Betroffene gegen diese - wenn auch nicht erzwingbare - Pflicht, einen echten Rechts- und Machtzuwachs, der sich nicht auf bloße Verfahrensbefugnisse (Minderung der eigenen Aufklärungspflicht) beschränkt. So kann nach der Rechtsprechung²⁰⁾ z. B. aus der Weigerung, sich für ein psychologisch-medizinisches Gutachten nach § 3 Abs. 1 StVZO zur Verfügung zu stellen, ein persönlicher Mangel des Kfz-Führers und damit seine fehlende Eignung gefolgert werden. Auf ähnlicher Ebene liegt wohl auch das Zusammenspiel zwischen §§ 205 und 222 AO: Für die Frage, ob die zur Wiederaufrollung des Besteuerungsverfahrens erforderlichen "neuen" Tatsachen vorliegen, wird teilweise auch darauf abgestellt, ob etwa der Betroffene seine Mitwirkungspflichten verletzt hat.²¹⁾ Solche Erscheinungen sollen freilich unter der allgemeinen Mitwirkungspflicht im Verwaltungsverfahren nicht verstanden werden. Stets ist diese auch neben besonderen "materiellen" Mitwirkungspflichten anzuerkennen. Nicht anders als im verwaltungsgerichtlichen Verfahren besteht auch im Verwaltungs- und Widerspruchsverfahren die praktische Unmöglichkeit für die Behörde (wie dort für das Gericht), alle - vor allem zugunsten des Bürgers sprechenden - Sachverhaltsmerkmale zu erkennen und ins Verfahren einzuführen. Auch hier ist daher

20) Seit BVerwGE 11, 274 ständige Rechtsprechung.

21) Vgl. z.B. Kühn, Anm. 1 (am Ende) zu § 204 AO; a. A. wohl Schick, a.a.O., S. 378.

stets diese "Grenze der Amtsaufklärungspflicht" vorhanden. De lege ferenda bringt § 18 Abs. 2 EVwVfGBReg, der diese Mitwirkungspflicht als Sollvorschrift statuiert, wohl lediglich eine Konkretisierung der schon geltenden Rechtslage.

Eines soll nochmals klar herausgestellt werden: Ausschließliche Folge ist auch hier, daß keine Amtspflichtverletzung des ermittelnden Beamten und kein Verfahrensfehler der Behörde vorliegen. Dagegen wird eine etwaige materielle Rechtswidrigkeit des erlassenen Verwaltungsakts oder Widerspruchsbescheids damit nicht beseitigt. Berücksichtigt er Tatsachen zugunsten des Betroffenen nicht und entspricht er im Einzelfall nicht der materiellen Rechtslage, so bleibt er selbst dann rechtswidrig, wenn diese Nichtberücksichtigung letztlich auf eine Verletzung der Mitwirkungspflicht zurückgeht.²²⁾ Die Behörde verhält sich ordnungsgemäß, dennoch ist das Ergebnis des Verfahrens, der erlassene VA, sachlich unrichtig und fehlerhaft. Daß dies kein Widerspruch in sich selbst ist, wurde bereits in § 11 bei der Frage näher ausgeführt, ob Verwaltungsakte nachträglich rechtswidrig oder rechtmäßig werden können. Dort wurde gezeigt, daß zwischen der realen Handlung bzw. Unterlassung und ihrem Ergebnis im Sinne einer Regelung durch den VA scharf zu unterscheiden ist. Auch im Steuerrecht sind ähnliche Fälle gar nicht selten. Schick²³⁾ bezeichnet sie als "faktische Antragstatbestände", in denen eine unterlassene Anregung, eine unterbliebene Mitwirkung des Steuerpflichtigen zwar nicht zu Sanktionen führt, in denen die Behörde aber dann mangels Anlaß zu eigenen Ermittlungen nicht tätig zu werden braucht. Dennoch ist die Steuerfestsetzung im Ergebnis materiell fehlerhaft. Es bleibt der objektive Verstoß gegen die Rechtsordnung, mögen auch subjektive Pflichtverletzung oder Verfahrensmängel nicht vorhanden sein. Gerade hier liegt ein entscheidender Unterschied gegenüber manchen "materiellrechtlichen" Mitwirkungsspflichten. Wichtigste Folge ist, daß auf Klage hin das Gericht den VA bzw. Widerspruchsbescheid aufzuheben hat, wenn der Betroffene seine Pflicht nachträglich "erfüllt", oder wenn die entscheidenden Tatsachen auf irgendeine andere Weise bekannt werden.

22) Vgl. bereits die Ausführungen in § 3 Abschnitt 4.1; übereinstimmend für das Steuerrecht: Schick, a.a.O., S. 376 und 377.

23) a.a.O., S. 374 bis 376.

§ 15 Aufklärungspflicht für entgegenstehendes Drittrecht

1. Grundsätze zur Amtsaufklärungs- und Mitwirkungspflicht bei Gegenrechten Dritter

- 1.1 Die fehlende Erkennbarkeit von Drittrechten für Behörde und Gericht in der Praxis
- 1.2 Bewältigung des Problems über das Rechtsinstitut der Mitwirkungspflicht

2. Einzelfragen zum Umfang von Amtsaufklärungs- und Mitwirkungspflicht bei Gegenrechten Dritter

- 2.1 Die Existenz eines eventuell bedeutsamen Rechtsverhältnisses
- 2.2 Die genaue Gestaltung einer bekannten Rechtsbeziehung
- 2.3 Die Zustimmung des Dritten bei bestehenden Gegenrechten

3. Die praktischen Konsequenzen im Vergleich zur Auffassung in der Literatur

- 3.1 Vermiedene Nachteile
- 3.2 Gewonnene Vorzüge

./.

1. Grundsätze zur Amtsaufklärungs- und Mitwirkungspflicht bei Gegenrechten Dritter

1.1 Die fehlende Erkennbarkeit von Drittrechten für Behörde bzw. Gericht in der Praxis

Die Erkenntnisse über ^{die} Mitwirkungspflicht der Parteien bzw. Beteiligten in Verwaltungsgerichts- und Verwaltungsverfahren lassen sich nun auch gut auf den Fall entgegenstehender privater Rechte Dritter anwenden. Es wurde bereits in § 6 eingehend dargelegt, daß für die Behörde hier häufig erhebliche Schwierigkeiten auftreten. Vor Erlaß des Verwaltungsakts kann sie oft überhaupt nicht wissen, daß einem Dritten Gegenrechte zustehen, oder sie kann annehmen, daß er sich der Maßnahme nicht widersetzen wird, seine Zustimmung bereits erteilt hat. Häufig weiß die Behörde zwar, daß Dritte, z. B. Miteigentümer, vorhanden sind; es ist ihr aber aus praktischen Erwägungen heraus nicht zumutbar, erst umfangreiche Nachforschungen anzustellen, wie weit deren Befugnisse genau reichen und ob sie im gegebenen Fall ausgeübt werden. Es wird dann unter Umständen guten Glaubens ein VA erlassen, der, da die effektiv notwendige Zustimmung des Dritten fehlt, materiell rechtswidrig ist. Erst im Lauf eines Widerspruchs- oder gar Verwaltungsgerichtsverfahrens bringt nun der Adressat die Einwendung, er dürfe den VA wegen der Drittrechte gar nicht ausführen; häufig tauchen Schwierigkeiten gar erst bei Vollstreckungsmaßnahmen auf. Daß dies durchaus nicht auf Nachlässigkeit der Behörde beruhen muß, wurde schon gezeigt. Meist hat es der Betroffene in der Hand, das Problem aufzutischen, zu welchem Zeitpunkt ihm dies gerade tunlich erscheint. Ähnlich kann er sich übrigens noch im Verwaltungsgerichtsverfahren verhalten. Auch das Gericht erläßt ein materiell fehlerhaftes Urteil, bestätigt den rechtswidrigen VA, wenn es vom Dritten nichts erfährt.

Die Rechtsprechung hat hier nun geglaubt, zu praktikablen Ergebnissen schon aus dem m a t e r i e l l e n Recht zu gelangen: Die Zustimmung eines etwa vorhandenen Dritten sei grundsätzlich nicht aktuell nötig, es genüge, wenn sie "erwartet werden könne", "nach den Umständen wahrscheinlich sei", die Zustimmung des Dritten "sei zu vermuten" und ähnliches mehr. Daß dies

nicht der richtige Weg ist, wurde eingehend begründet. ¹⁾ Eine Einschränkung des materiellrechtlichen Grundsatzes in dieser Richtung ist - soviel soll wiederholt werden - aus drei Gründen nicht akzeptabel:

- (a) Art. 20 Abs. 3 GG steht dem entgegen.
- (b) Die Begriffe "Wahrscheinlichkeit" etc. sind verschwommen, lassen Willkür zu und führen zu erheblicher materieller Rechtsunsicherheit.
- (c) Die wichtigen Fälle, in denen die Behörde vom Dritten überhaupt nichts weiß, sind damit nicht befriedigend lösbar.

1.2 Bewältigung des Problems über das Rechtsinstitut der Mitwirkungspflicht

Es soll deshalb versucht werden, unter Vermeidung dieser Schwächen eine Lösung aus dem **V e r f a h r e n s r e c h t** zu finden. Gewisse Ansatzpunkte dazu sind in der Literatur vorhanden. Zwar wird die "wahrscheinliche, zu erwartende Zustimmung" usw. stets materiellrechtlich verstanden, doch erinnern einige Formulierungen auch deutlich an verfahrensrechtliche Erwägungen. So fordert das PrOVG in einer Entscheidung ²⁾, die Behörde müsse "sich vergewissern, ob mit der Einwilligung gerechnet werden kann"; Erbel ³⁾ bringt nähere Ausführungen über das verfahrensrechtliche Problem der behördlichen Ermittlungspflicht gerade im Zusammenhang mit "wahrscheinlicher", "zu vermutender" Unmöglichkeit; Nebinger ⁴⁾ spricht vom "Mangel der Feststellung der erforderlichen Einwilligung"; das OVG Hamburg sieht als wesentlich an, daß der "Kläger ... niemals behauptet" ⁵⁾ bzw. nicht "geltend

1) Vgl. - auch zur einschlägigen Rechtsprechung - die Ausführungen in § 6 Abschnitt 2.

2) PrOVGE 87, 456.

3) Erbel, Unmöglichkeit, S. 143 ff. Allerdings fehlt eine klare Aussage über die Konsequenzen für die Rechtmäßigkeit des VA. Bezeichnend dafür ist, daß z.B. einerseits - vgl. S. 58 - die Abgrenzung einzelner Arten der Unmöglichkeit (wahrscheinliche/sichere) vom Umfang der Prüfungspflicht abhängen soll, andererseits - vgl. S. 60 - aber wieder diese Differenzierung umgekehrt Auswirkungen für Art und Umfang der Prüfungspflicht haben soll. Der Gedanke der Mitwirkungspflicht schließlich wird überhaupt nicht angesprochen.

4) Verwaltungsrecht, S. 211.

5) DVBl. 1957, 867/870.

gemacht" 6) habe, an der Erfüllung des VA durch den Dritten gehindert zu werden. Hier klingt der Gedanke an, es sei gewissermaßen nicht die Behörde, sondern der Betroffene selbst dafür verantwortlich, daß die Rechte des Dritten rechtzeitig bekannt und im Verfahrensfortgang gebührend berücksichtigt würden. Damit ist die verfahrensrechtliche Mitwirkungspflicht angesprochen, die allein hier auch zu theoretisch wie praktisch brauchbaren Ergebnissen führen kann.

Ein derartiges entgegenstehendes Recht eines Dritten, nicht am Verfahren Beteiligten, ist ein typischer Anwendungsfall für diese Mitwirkungspflicht im Verwaltungsverfahren. Da die Behörde rein praktisch zur Aufklärung, ja auch nur Überlegung, aller denkbaren Sachverhaltsvarianten nicht in der Lage ist, die sich aus "negativen Tatbestandsmerkmalen" - wie hier wegen Art. 20 Abs. 3 GG - ergeben könnten, trifft sie insoweit auch keine Ermittlungspflicht. Fehlen jegliche Anhaltspunkte, so kann man von ihr nicht bei jedem VA umfangreiche Nachforschungen verlangen, ob etwa irgendein Drittberechtigter vorhanden ist und auf seine Rechte nicht verzichtet hat. Trotz der grundsätzlich auch aus negativen Tatbestandsmerkmalen erwachsenden Ermittlungspflicht der Behörde ist es hier Sache des Verfahrensbeteiligten, d. h. des später vom VA Betroffenen, der Behörde einen Fingerzeig zu geben. Ähnlich verhält es sich, ist - so vor allem bei Miteigentümern, Miterben - der Behörde zwar das Bestehen von Rechten anderer bekannt, ergeben sich aber nach Sachlage keine Hinweise darauf, daß diese Rechte ausgeübt werden und daß dem Adressaten tatsächlich Widerstand geleistet wird. Ergeht dann ein belastender VA ohne Rücksicht auf vorhandene Drittrechte, so hat die Behörde nicht ihre Ermittlungspflicht verletzt. Freilich bleibt der VA materiell rechtswidrig wegen Verstoßes gegen Art. 20 Abs. 3 GG.

Diese Erörterungen beschränken sich nicht auf Verwaltungs- und Widerspruchsverfahren, es gilt im Verwaltungsgerichtsverfahren genau dasselbe. Hier hat das Gericht zunächst keinen Anlaß, Überlegungen und Ermittlungen anzustellen, ob private Rechte eines Dritten dem im angefochtenen VA geforderten Verhalten entgegenstehen. Dies ändert sich erst, wenn tatsächliche Anhaltspunkte dafür vorliegen; für deren Beibringung wieder kann in erster Linie der Kläger sorgen. Das Gericht darf sonst mangels abweichender besonderer

6) VerwRSpr. '18, Nr. 143

Umstände unterstellen, daß ein Drittrecht nicht besteht bzw. daß für den Einzelfall die notwendige Zustimmung des Dritten erteilt wurde. Es ist dann Sache des Klägers oder des etwa beigeladenen Dritten, dem Gericht die nötigen Hinweise zu anderer Sachbehandlung zu geben. Unterbleibt das und ist der VA im übrigen rechtmäßig, so ergeht Klageabweisung, ohne daß dem Gericht ein Verfahrensfehler, den Richtern eine Amtspflichtverletzung vorzuwerfen wäre. Wie die Verwaltungsbehörde den VA zwar erlassen "darf", dieser aber sachlich fehlerhaft ist, ist freilich auch das Urteil trotz pflichtgemäßen Verhaltens des Gerichts in der Sache falsch, wenn Drittrechte in Wahrheit bestehen und die erforderliche Zustimmung nicht vorliegt. Daraus folgt unter anderem, daß der Kläger seine mangelnde Befugnis zwar noch in der Berufungs-, aber nicht mehr in der Revisionsinstanz "nachschieben" kann. Ein Verfahrensmangel gemäß § 132 Abs. 2 Nr. 3 VwGO liegt ja nicht vor, dann jedoch ist gemäß § 137 Abs. 2 VwGO neuer Tatsachenstoff vom Revisionsgericht nicht mehr zu berücksichtigen. Eine Grenze für verspätetes Vorbringen in der Berufungsinstanz mag, da ja § 529 Abs. 2 ZPO gemäß § 173 Halbsatz 2 VwGO infolge des Untersuchungsgrundsatzes nicht gilt, allenfalls der Rechtsgedanke der prozessualen Verwirkung sein. Er könnte aber ein Nachschieben nur in ganz außergewöhnlichen Fällen verbieten.

Zusammenfassend sollen die wesentlichen Konsequenzen der Mitwirkungspflicht nochmals genannt werden: Soweit die Mitwirkungspflicht Beteiligter reicht, braucht das Gericht (die Behörde) nicht selbst zu ermitteln, **d a r f** dies jedoch ohne weiteres tun. Eine Pflicht hierzu setzt nach dem Amtsaufklärungsgrundsatz wieder ein, sobald dem Gericht (der Behörde) **A n h a l t s p u n k t e** für entscheidungserhebliche Tatsachen bekannt werden. Diese Anstöße müssen keineswegs vom Mitwirkungsverpflichteten herrühren, sie können eine ganz **b e l i e b i g e Q u e l l e** haben. Damit ist vor allem der wesentliche Gegensatz zu einer Behauptungslast, wie sie etwa die Zivilprozeßordnung kennt, fixiert: Bei ihr **d a r f** das Gericht **n i c h t** von selbst ermitteln, wird **s u b s t a n t i i e r t e r V o r t r a g** gefordert, der vom **T r ä g e r** der **B e h a u p t u n g s l a s t** zu erbringen ist. Von anderen Rechtsinstituten, wie einer subjektiven Beweisführungspflicht, einer objektiven Beweislast oder der prozessualen Vermutung, unterscheidet die Mitwirkungspflicht bereits die dogmatische Ebene, der

sie zuzuordnen ist. Diese Pflicht gehört in den Bereich der Beschaffung tatsächlicher Entscheidungsgrundlagen, während die Vermutung der Beweiswürdigung zugerechnet werden muß, Beweisführungspflicht und Beweislast jeweils eine eigene besondere Ebene darstellen.

2. Einzelfragen zum Umfang von Amtsaufklärungs- und Mitwirkungspflicht bei Gegenrechten Dritter

Die Frage, wo hier die Aufklärungspflicht von Gericht bzw. Behörde endet, die Mitwirkungspflicht der Beteiligten beginnt, ist anfangs nur schwer mit Anspruch auf allgemeine Gültigkeit zu beantworten. Fast zu groß erscheinen die Vielfalt denkbarer Gestaltungsformen des Einzelfalles und die Unterschiedlichkeit der privaten Rechtsbeziehungen. Freilich besteht trotz aller Divergenzen im einzelnen eine wesentliche gemeinsame Leitlinie für die Beurteilung: Wie bei der Anerkennung der Mitwirkungspflicht überhaupt müssen auch bei der Festlegung ihres Umfangs die praktischen Erfordernisse entscheidend sein.⁷⁾ Die Mitwirkungspflicht hat generell dann und nur dann einzugreifen, wenn die Amtsaufklärungspflicht von vornherein schon abstrakt nicht erfüllbar, ihre Auferlegung daher sinnlos wäre. Bereits aus dieser Feststellung lassen sich für die praktisch wesentlichen Fälle hinreichend konkrete Aussagen finden. Dabei handelt es sich um drei Fallgruppen, in denen jeweils zu ermitteln wäre:

- (a) die Existenz einer eventuell bedeutsamen Rechtsbeziehung zu Dritten überhaupt,
- (b) die genaue Gestaltung einer bekannten Beziehung,
- (c) die etwaige Zustimmung des Dritten bei bekannten Gegenrechten.

Für alle drei Fälle ist zu unterstellen, daß der Betroffene trotz vorhandener Gelegenheit keinerlei Einwendungen (auch nicht nur andeutungsweise) in der Richtung vorbringt, er sei privatrechtlich nicht befugt: andernfalls würde ja die volle Ermittlungspflicht wieder einsetzen.

7) Darauf stellt für die Abgrenzung der Amtsaufklärungspflicht auch Erbel, a.a.O., S. 145 mit ab; daneben hält er vor allem rechtsstaatliche Schranken, die Umstände des Einzelfalles, die typischerweise zutreffenden Erwartungen sowie den Grundsatz von Treu und Glauben für entscheidend.

2.1 Die Existenz eines eventuell bedeutsamen Rechtsverhältnisses

Hier wissen Gericht bzw. Behörde überhaupt nicht von Dritten, von Rechtsbeziehungen des Betroffenen zu ihnen, die für den VA von Belang sein könnten. Es handelt sich um die Frage, ob dem verlangten Verhalten - a b s t r a k t gesehen - zivilrechtliche Bedenken begegnen könnten. Beispiele wären die Aufklärung, ob der Adressat einer baurechtlichen Beseitigungsanordnung, der Bauherr eines "Schwarzbaus", Allein- oder Miteigentümer oder Mitglied einer oHG ist, in Gütertrennung oder Gütergemeinschaft mit seiner Ehefrau lebt, ob er das abzubrechende Haus an einen anderen vermietet oder das Grundstück mit einem Nießbrauch oder dinglichen Wohnungsrecht belastet hat, ob er etwa selbst nur Mieter oder Pächter ist, sich gegenüber einem anderen zum Bau des Hauses vertraglich verpflichtet hat usw. Schon angesichts der unabsehbaren Vielzahl tatsächlich vorhandener und unter Umständen möglicher Privatrechtsbeziehungen wäre es hier sinnlos, Behörde bzw. Gericht mit eingehenden Ermittlungspflichten zu belasten, die von vornherein nicht erfüllbar sind.⁸⁾ In solchen Fällen gehört es zur Mitwirkungspflicht des Beteiligten, die Existenz eines Dritten und die Tatsache vorzutragen, daß private Verpflichtungen mit dem beabsichtigten bzw. bereits erlassenen VA kollidieren.

2.2 Die genaue Gestaltung einer bekannten Rechtsbeziehung

Die zweite Stufe ist erreicht, wenn Gericht bzw. Behörde von einem Dritten wissen, der mit dem unmittelbar Betroffenen in einem privaten Rechtsverhältnis steht. Erscheinen diese Beziehungen abstrakt als "Gegenrechte" geeignet, so bliebe zu ermitteln, ob, welche und wessen Rechte genau im k o n k r e t e n Einzelfall dem verlangten Verhalten w i r k l i c h entgegenstehen. Als Beispiele ließen sich aufführen: Nachforschungen nach der Person des Dritten, nähere Anhörung der Beteiligten zum Inhalt von Privatrechtsbeziehungen, Einblick ins Handelsregister bzw. Ersuchen um Vorlage eines Gesellschafts-, Ehe- oder Mietvertrages, Einsicht ins Grundbuch und ähnliches mehr. Auch hier darf das Verfahrensorgan zunächst grundsätzlich davon ausgehen, daß der Betroffene in Erfüllung seiner Mitwirkungspflicht genug tatsächliche Anhaltspunkte vorträgt.

8) Ebenso Erbel, a.a.O., S. 146 (2. und 3. Absatz).

Weiß etwa das Gericht von einem Mietvertrag, so kann unterstellt werden, daß er kurzfristig kündbar ist, echte Gegenrechte also nicht vorhanden sind. Hat ein oHG-Gesellschafter ein Haus ohne Baugenehmigung errichtet, so darf die Behörde davon ausgehen, daß gesellschaftsrechtliche Beschränkungen für den Abbruch hier keine Rolle spielen. Solange niemand die Einwendung mangelnder eigener privater Befugnis erhebt und sich auch sonst keine echten Bedenken aufdrängen, brauchen Behörde und Gericht den tatsächlichen und vermutbaren Verästelungen von Privatrechtsbeziehungen nicht nachzugehen. 9)

2.3 Die Zustimmung des Dritten bei bestehenden Gegenrechten

Hier ist Gericht bzw. Behörde bekannt, daß ein privates Gegenrecht dem verlangten Verhalten an sich entgegensteht, gleichwohl beruft sich der Adressat des VA nicht auch nur andeutungsweise auf seine private Verpflichtung, auf eine für ihn deshalb bestehende Zwangslage. Es müßte damit zur abschließenden Beurteilung der Rechtmäßigkeit des VA, sei dieser bereits erlassen oder stehe er bevor, geklärt werden, ob der Dritte auf seine privaten Rechte allgemein oder zumindest für diesen Einzelfall verzichtet, ob er dem durch VA befohlenen Verhalten "zugestimmt" hat im Sinne der Ausführungen in § 6. Ist beispielsweise der Gesellschafter zur verlangten Maßnahme kraft Geschäftsführungsbefugnis, Einzelvollmacht oder Sonderermächtigung befugt, hat die Ehefrau Eingriffen in das Gesamtgut oder Miteigentum zugestimmt, wurde der Mietvertrag bereits vom Dritten gekündigt oder wurde er einverständlich aufgehoben, hat der Dritte dem Eingriff formlos - aber tatsächlich - zugestimmt? Auch diese mühseligen und unübersehbaren Ermittlungen sind unzumutbar, da der Adressat des Befehls im Rahmen seiner Mitwirkungspflicht Hinweise darauf geben könnte und müßte, daß gerade keine Zustimmung des Dritten vorliegt. 10)

Eben in diesem Fall der bekannten Gegenrechte Dritter hat auch die Rechtsprechung besondere praktische Schwierigkeiten gesehen und deshalb die - allerdings abzulehnende - Konstruktion der "vermuteten",

9) So wohl im Ergebnis auch Erbel, a.a.O., S. 146 (1. Absatz).

10) Erbel, a.a.O., S. 146 (4. und 5. Absatz) und S. 147, differenziert hier wohl zutreffend noch weiter nach der Art der dem Adressaten aufgegebenen Handlung und insbesondere der Intensität des damit verbundenen Eingriffs in Drittrechte.

der "wahrscheinlichen" Zustimmung des Dritten angewandt. Der dogmatische Unterschied zur hier vertretenen Auffassung soll wenigstens in Stichworten nochmals skizziert werden: Was dort Aufhebung des materiellrechtlichen Grundsatzes nach Art. 20 Abs. 3 GG ist, zur Rechtmäßigkeit des VA führt, das ist hier nur Einschränkung der verfahrensrechtlichen Aufklärungspflicht, ändert nichts an der Rechtswidrigkeit des VA. Wird dort an ein Schweigen des - meist gar nicht beteiligten - Dritten die Vermutung geknüpft, er wolle sich jeglichem behördlichen Vorgehen als guter Staatsbürger fügen, so darf sich hier das Verfahrensorgan darauf verlassen, daß der unmittelbar angesprochene Adressat seine fehlende privatrechtliche Befugnis wenigstens andeutet.

3. Die praktischen Konsequenzen im Vergleich zur Auffassung in der Literatur

Zum Abschluß sollen die gefundene Lösung und die hier abgelehnte "materiellrechtliche" Lösung der Literatur einander vor allem in den praktischen Folgen gegenübergestellt werden. Dabei wird auch auf das System einzugehen sein, das die Mitwirkungspflicht mit dem übrigen materiellen und prozessualen Recht verbindet und das für unseren Fall von besonderem Interesse ist.

3.1 Vermiedene Nachteile

Die gefundene verfahrensrechtliche Lösung ist dogmatisch haltbar, denn sie kollidiert nicht mit Art. 20 Abs. 3 GG. Zudem knüpft sie an ein Verhalten des unmittelbaren Adressaten an, der angehört wird bzw. wurde, nicht an das Verhalten des meist überhaupt nicht informierten Dritten und kann daher auf die doch etwas antiquierte Unterstellung verzichten, daß der einzelne normalerweise behördlichen Akten gehorche. Sie umfaßt ferner alle hier bedeutsamen Fälle, insbesondere auch die, in denen der Behörde Drittrechte völlig unbekannt sind, also gerade das größte praktische Bedürfnis zu einer Einschränkung der Anforderungen an sie besteht. Schließlich treffen auch die weiteren wesentlichen Bedenken gegen die Verwendung sehr unbestimmter - nahezu unbestimmbarer - Rechtsbegriffe nicht zu, wenigstens nicht im gleichen Ausmaß. Einmal stehen hier nur verfahrensrechtliche Auswirkungen zur Debatte, nicht aber materiell-rechtliche Folgen, vor allem nicht die Rechtmäßigkeit eines Eingriffs,

die schon wegen ihrer eventuellen Konsequenzen für sekundäre Rechtsverhältnisse und als Voraussetzung für mögliche weitere Eingriffe (etwa durch Vollstreckungsakte) höhere Ansprüche an Eindeutigkeit, Klarheit und Vorausschbarkeit stellen muß. Zum anderen ist die Grenze wesentlich klarer definiert: Die meist gebrauchten Formulierungen, die Ermittlungspflicht beginne, sobald das Gericht bzw. die Behörde "Anhaltspunkte" oder "Hinweise" erhalte, ¹¹⁾ die Aufklärungspflicht setze ein, "wenn bei sorgfältiger Überlegung dazu Anlaß gegeben sei", ¹²⁾ sind sowohl praktikabel wie für den Einzelfall hinreichend konkret und eindeutig auslegbar. Anders als bei "Wahrscheinlichkeit" fehlt hier auch nicht der taugliche Beurteilungsmaßstab; gegenüber der "vermuteten" Zustimmung entfällt die ungelöste Frage, wessen Vermutung (Behörde / Adressat?) zu welchem Zeitpunkt (vorher / nachher?) maßgeblich sein soll. Zusätzlich ist der Umfang prozeßrechtlicher Aufklärungspflichten kein juristisches Neuland; Rechtsprechung und Rechtslehre haben hierzu z. B. im Rahmen der entsprechenden Bestimmungen der StPO und des FGG solide Grundlagen und Richtlinien geschaffen, die im wesentlichen auch für die VwGO und das Verwaltungsverfahren verwendbar sein dürften.

3.2 Gewonnene Vorzüge

Den vermiedenen Nachteilen stehen darüber hinaus ganz gewichtige Vorteile zur Seite. Sie erschließen sich am besten durch die Betrachtung des Zusammenwirkens von Aufklärungs-/ Mitwirkungspflicht einerseits und den in § 13 dieser Arbeit zum gerichtlichen Beurteilungszeitpunkt gefundenen Ergebnissen andererseits. Danach besteht folgendes System:

Der Adressat des VA, der spätere Kläger, kann die Einwendung mangelnder privatrechtlicher Befugnis bis zur letzten gerichtlichen Tatsacheninstanz vorbringen, da ja der VA materiell rechtswidrig ist, selbst wenn das Drittrecht Behörde und Gericht ohne Verletzung ihrer Ermittlungspflicht unbekannt blieb. Grundsätzlich dasselbe gilt, wenn ein Gegenrecht überhaupt erst nach Erlaß des VA bzw. des Widerspruchsbescheides entstanden ist. Derart wird eine vorzeitige Präklusion des Adressaten vermieden, die häufig sinnlos erscheint, wenn er anfangs an den Dritten gar nicht dachte oder

11) Vgl. z.B. Bähr, Beurteilung, Fußnote 54 auf S. 25.

12) So z.B. Hauelsen, DVBl. 1962, 881/882.

dieser selbst noch schwankte, ob er seine Gegenrechte geltend machen oder etwa zustimmen solle. Einem Mißbrauch dieser Befugnis des Adressaten, das Vorbringen seiner Einwendung nach Belieben zu terminieren, wird in krassen Fällen mit dem Gedanken der prozessualen Verwirkung sowie gemäß § 155 Abs. 5 VwGO mit der Auferlegung von Kostennachteilen zu begegnen sein. Generell nicht mehr vorgebracht werden kann die Einwendung allerdings wegen § 137 Abs. 2 VwGO in der Revisionsinstanz.

Daraus ergibt sich für die Behörde eine wesentliche Konsequenz: zu welchem Zeitpunkt sie auch immer von der Einwendung erstmals erfährt, sie kann ihr - noch für das anhängige Verfahren - durch geeignete Gegenmaßnahmen (Herbeiführung der Zustimmung des Dritten, Erlaß eines Ergänzungsaktes) rechtzeitig begegnen. Die mit solchen Maßnahmen herbeigeführte Änderung der Situation kann ja mit entscheidungserheblicher Wirkung ebenfalls bis zum Ende der letzten Tatsacheninstanz eintreten, sie muß es allerdings bis dahin auch, soll der Hauptakt gegenüber dem Adressaten als rechtmäßig betrachtet werden. Damit kann eine Rechtmäßigkeit des VA zwar nicht rückwirkend, wohl aber ex nunc erreicht werden. Zudem sind Belange der Verfahrensökonomie gewahrt, der Behörde wird nicht durch eine theoretisch uneingeschränkte Amtsaufklärungspflicht Unerfüllbares auferlegt. Nicht unerwähnt bleiben sollen auch die Folgen für etwaige Ersatzansprüche des Betroffenen: Kommt er seiner Mitwirkungspflicht nicht nach, so liegt keine Amtspflichtverletzung gemäß Art. 34 GG, § 839 BGB auf der Gegenseite vor; bei einem enteignungsgleichen Eingriff, der ja nur Rechtswidrigkeit, nicht Verschulden voraussetzt, wird in der Regel § 254 BGB entsprechend anzuwenden sein.

Insgesamt ist so vermieden, vom Adressaten, Dritten, Behörde oder Gericht Unmögliches zu verlangen, ihnen unbillige Lasten oder Nachteile aufzuerlegen oder aber ungerechtfertigte Vorteile zukommen zu lassen. Es wird eine ausgewogene Lösung erreicht, die den berechtigten Bedürfnissen sämtlicher Beteiligter Genüge tut.

§ 16 Aufklärungspflicht für privates Recht

1. Grundsätze

1.1 Abgrenzungsfragen

1.2 Aufklärungsrecht und -pflicht für privatrechtliche Vorfragen

2. Streitige private Rechtsbeziehungen

2.1 Rechtslage bei Meinungsverschiedenheiten zwischen Adressat und Dritten

2.2 Rechtslage bei anhängigem Zivilrechtsstreit

2.3 Rechtslage bei rechtskräftigem Zivilurteil

./.

1. Grundsätze

1.1 Abgrenzungsfragen

Eine weitere, in § 14 Abschnitt 2.2 schon angedeutete Besonderheit ist es hier, daß *p r i v a t e* Rechte zur Debatte stehen. Damit erhebt sich die Frage, ob und inwieweit Behörde und Gericht, die an sich nur über öffentlichrechtliche Verhältnisse entscheiden können und wollen, diese Rechte ermitteln dürfen oder gar müssen. Dabei ist im folgenden zweierlei zu beachten: Erstens sind Verwaltungs-, Widerspruchs- und Verwaltungsgerichtsverfahren zum Teil ohne nähere Differenzierung behandelt, auf bestehende Eigenarten wird jedoch eingegangen. Ferner ist unterstellt, daß der Adressat des VA hier das Bestehen der Drittrechte jeweils rechtzeitig einwendet bzw. dies bereits getan hat. Der Problembereich der "Mitwirkungspflicht der Beteiligten" ist damit ausgeklammert; es wird angenommen, daß Einschränkungen der Ermittlungspflicht aus dieser Richtung nicht bestehen. Dieses "Modell" ermöglicht eine schärfere Erfassung und präzisere Erörterung der gerade auf der privaten Natur der Gegenrechte beruhenden Probleme.

1.2 Aufklärungsrecht und -pflicht für privatrechtliche Vorfragen

Umfang und Grenzen der Ermittlungspflicht bestimmen sich, wie gesagt, danach, ob die betreffenden Tatsachen für die Entscheidung, ihren Inhalt, ihre Rechtmäßigkeit von Bedeutung sein können. Nun ist es Verwaltungsbehörden wie Verwaltungsgerichten grundsätzlich verwehrt, über private Rechtsverhältnisse in dem Sinne zu "entscheiden", daß die private Rechtslage umgestaltet oder das Bestehen privater Rechtsbeziehungen verbindlich festgestellt wird. Außer durch den Grundsatz der Gewaltenteilung ergibt sich dies für das Gericht schon aus § 40 VwGO. Es gilt jedoch auch für die Behörde, soweit nicht etwa eine spezielle Ermächtigung zu privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakten vorliegt. Dies alles betrifft allerdings nur die eigentliche Entscheidung, lediglich der "Verfahrensgegenstand" kann nicht privatrechtlich sein. Davon unberührt bleibt nach allgemeiner Meinung Recht und Pflicht zur inzidenten Prüfung und Beurteilung zivilrechtlicher Vorfragen. ¹⁾ Weder Behörde noch Gericht darf die Untersuchung verwehrt sein, ob etwa der Bürger X Eigentümer oder wenigstens

1) Eyermann-Fröhler, RNr. 23 zu § 40 VwGO mit weiteren Nachweisen.

Besitzer eines bissigen streunenden Hundes ist, wenn Maßnahmen zur Beseitigung dieser Gefahr geplant sind (Verwaltungsverfahren) oder wenn gegenüber X ergangene Verwaltungsakte von diesem angefochten werden (Widerspruchs-, Verwaltungsgerichtsverfahren). Verfahrensgegenstand ist hier die öffentlichrechtliche Pflicht des X, geeignete Maßnahmen zu treffen, bzw. sein Recht, sich gegen behördliche Maßnahmen zu wehren. Die Frage nach seinem Eigentum wird notwendig für beide Entscheidungen bedeutungsvoll, ohne allerdings deswegen Verfahrensgegenstand zu sein.

Ähnlich verhält es sich bei den hier zur Debatte stehenden privaten Gegenrechten des Dritten. Auch sie sind nicht unmittelbarer Gegenstand der Entscheidung, wohl aber beeinflussen sie deren Inhalt. Behörde bzw. Gericht haben daher diese privaten Gegenrechte in eigener Verantwortung zu beurteilen. Daraus folgt notwendig, daß insoweit auch für die Tatsachenermittlung als Gegenstück und Voraussetzung für die rechtliche Beurteilung keine Einschränkungen bestehen. Aufklärungsrecht und -pflicht werden durch die entscheidungserheblichen Tatbestandsmerkmale bestimmt. Sie bestehen deshalb auch für zivilrechtliche Sachverhalte in dem Umfang, in dem öffentlichrechtliche Normen zivilrechtliche Begriffe enthalten. Wegen Art. 20 Abs. 3 GG ist nun für einen Verwaltungsbefehl grundsätzlich ein privates Gegenrecht Dritter entscheidungserheblich, zugrundeliegende Tatsachen können, ja müssen daher ermittelt werden.

2. Streitige private Rechtsbeziehungen

2.1 Rechtslage bei Meinungsverschiedenheiten zwischen Adressat und Drittem

Nicht ganz selten ist die Situation, daß über Bestehen oder Umfang der grundsätzlich entscheidungserheblichen, daher zu ermittelnden Gegenrechte zwischen dem Adressaten und dem Dritten selbst Streit besteht. In § 1 Abschnitt 2.5 wurde bereits dargelegt, daß sich schon allein deshalb eine bestimmte Art des behördlichen Vorgehens verbieten kann: Der weit verstandene Grundsatz der Subsidiarität führt dazu, daß es der Behörde verwehrt ist, durch VA ohne zwingende Notwendigkeit eine zivilgerichtliche Entscheidung praktisch vorwegzunehmen. Entsprechend hätten Widerspruchsbehörde und Verwaltungsgericht einen derartigen VA als rechtswidrig aufzuheben. Maßgeblich

ist letztlich das Prinzip der Gewaltenteilung. Zwar "entscheidet" die Behörde hier eigentlich nicht über zivilrechtliche Verhältnisse, der Tenor ihres Bescheides gestaltet private Beziehungen rechtlich weder um noch stellt er sie verbindlich fest. Jedoch beendet die Behörde faktisch den Streit zugunsten einer der Parteien. Auch dies ist, stünde für die Behörde ein anderer, nicht "streitentscheidender" Weg offen, mit dem Grundsatz der Gewaltenteilung unvereinbar, versteht man ihn nicht als bloße Formalität, sondern "materiell". Es gilt dann folgendes: Allein schon wegen des Streites ist eine bestimmte Art des Vorgehens nicht zulässig. Ob das private Drittrecht nach der wahren Rechtslage dem geplanten VA wirklich entgegenstehen würde, ist damit nicht mehr entscheidungserheblich. Selbst wenn es in Wirklichkeit nicht besteht, müßte man den VA als rechtswidrig ansehen, da er den rein privatrechtlichen Streit hierüber tatsächlich entscheidet. Folglich braucht die Behörde hier nicht nachzuprüfen und genau zu ermitteln, welche privaten Rechte wirklich gelten und ob diese den VA wirklich hindern könnten.

Jedoch wird man diese Erwägungen auf ganz besonders gelaperte Ausnahmesituationen beschränken müssen; eine auch nur faktische Vorwegnahme eines zivilgerichtlichen Urteils wird nur in den seltensten Fällen wirklich vorliegen. Darüber hinaus darf nicht vergessen werden, daß solcher Streit nur eine bestimmte - eben "streitentscheidende" - Art des Vorgehens verbieten kann, nicht aber ist dann jedes öffentlichrechtliche Einschreiten überhaupt unzulässig. Die Behörde hat also zunächst einen anderen Weg zu suchen, z. B. zwei gleichlautende Anordnungen gegen die Eigentumsprätendenten zu erlassen, anstatt nur gegen den ihrer Meinung nach wirklich Berechtigten vorzugehen. Ist ein ähnlicher Ausweg nach Sachlage nicht möglich, so muß der Subsidiaritätsgrundsatz allerdings der Notwendigkeit weichen, das öffentliche Interesse durchzusetzen. Er darf nie dazu führen, daß jegliches Vorgehen überhaupt ausgeschlossen würde. In diesem Fall wird die genaue Zivilrechtslage daher unter Umständen wieder entscheidungserheblich, die Ermittlungspflicht setzt erneut ein.

2.2 Rechtslage bei anhängigem Zivilrechtsstreit

Etwas näher betrachtet werden soll auch die Rechtslage, wenn über ein für die Rechtmäßigkeit des VA präjudizielles Rechtsverhältnis

ein Rechtsstreit beim ordentlichen Gericht anhängig ist. Hier tritt die Frage auf, ob durch Verwaltungsgericht, Verwaltungs- oder Widerspruchsbehörde eine Aussetzung des eigenen Verfahrens bis zur Rechtskraft der zivilgerichtlichen Entscheidung möglich ist, mit anderen Worten, ob sich Behörde oder Gericht ihrer sonst bestehenden Pflicht zur Inzidentbeurteilung und der daraus abzuleitenden Pflicht zur Tatsachenermittlung auf diese Art und in diesem Bereich entledigen, sie auf das Zivilgericht abwälzen können oder sogar müssen. Gerade auch im Hinblick auf eine etwaige Bindungswirkung der späteren Zivilentscheidung sind solche Überlegungen von erheblicher Bedeutung.

Das Verwaltungsgerichtsverfahren überläßt es nach § 94 VwGO dem Ermessen des Gerichts, die eigene Entscheidung bis zur Erledigung eines anhängigen zivilrechtlichen Rechtsstreits auszusetzen, wenn sie von diesem "abhängt", wenn das Zivilurteil vorgreiflich ist. Das gilt übrigens auch in den oben unter 1. näher dargelegten Ausnahmefällen. Zwar ist dort schon allein wegen des Streits das Bestehen oder der genaue Umfang des privaten Rechts nicht mehr "entscheidungserheblich", das Urteil des Zivilgerichts damit an sich nicht vorgreiflich. Diese Einschränkung ist jedoch nur bis zu dem Zeitpunkt sinnvoll, in dem der Streit durch die Zivilgerichte rechtskräftig entschieden und damit beseitigt wird. Das Verwaltungsgericht kann also auch hier aussetzen und wird es, soweit irgend möglich, gerade in solchen Fällen tun. Eyermann-Fröhler ²⁾ halten auch die gerichtliche Aufforderung an Beteiligte für zulässig, einen derartigen Rechtsstreit erst einzuleiten. Dem ist trotz der Formulierung "anhängig" in § 94 VwGO zuzustimmen, die Vorschrift kann hier analog angewandt werden. Die Interessenlage ist im wesentlichen dieselbe; die gleichen Gründe der Verfahrensökonomie sprechen hier für die Aussetzung, wie sie es im Fall des bereits anhängigen Rechtsstreits tun. Erwähnt werden soll noch der Fall eines Verfahrens nach § 80 VwGO auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung. Hier handelt es sich um ein summarisches, ein "Schnell"-Verfahren. Die Aussetzung würde die Entscheidung erheblich verzögern; § 94 VwGO ist deshalb nicht anwendbar.

Im Verwaltungsverfahren fehlt, abgesehen von einigen Spezialregelungen, wie etwa § 244 AO, eine dem § 94 VwGO entsprechende Vorschrift; auch im Entwurf für ein Verwaltungsverfahrensgesetz ist

2) RNr.4 zu § 94 VwGO.

sie nicht vorgesehen. Dies erschiene auch zumindest für den Erlaß eines belastenden VA wenig sinnvoll. Hier besteht die Möglichkeit, das Verwaltungsverfahren einfach zunächst nicht weiter zu betreiben. Die Verwaltungsbehörde ist grundsätzlich ohne weiteres in der Lage, einen ausschließlich belastenden VA einstweilen noch nicht zu erlassen. Anders wäre es allerdings, würde durch diesen VA zugleich ein Dritter begünstigt. Eine weitere Grenze für diese Freiheit ist die Pflicht der jeweiligen Behörde zur "Gefahrenabwehr", zur Mitwirkung bei Aufrechterhaltung oder Wiederherstellung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung auf dem ihr zugeteilten Fachgebiet. Hier ist im Einzelfall zwischen verfahrensökonomischen Überlegungen, die eine Aussetzung nahelegen, und materiellen Gesichtspunkten abzuwägen, die - wie z. B. Eilbedürftigkeit, fortdauernde Gefährdung oder gar Verletzung von Rechtsgütern - für eine sofortige Entscheidung sprechen. In aller Regel wird sich derartiges Abwarten in unserem Fall verbieten, da sonst der öffentliche Zweck, der durch Erlaß des VA erreicht werden soll, ernstlich gefährdet werden könnte. Meist wird hier die Behörde einen Weg zur Beseitigung der Störung finden, für den die private Rechtslage und der Ausgang des Streits hierüber nicht letztlich entscheidend, nicht "vorgreiflich" sind. Ist dies ausnahmsweise unmöglich, so mag sich bei besonderen Umständen der sichere Weg möglichst vieler Anordnungen empfehlen, selbst wenn die Wahrscheinlichkeit besteht, daß wenigstens eine von ihnen rechtswidrig ist.

Auch für das Widerspruchsverfahren ist eine Vorschrift nicht vorhanden. Ob sich § 94 VwGO entsprechend anwenden läßt, ist vor allem wegen § 75 Satz 1 VwGO bedeutsam: Stellt eine Aussetzung wegen eines präjudiziellen Zivilgerichtsverfahrens keinen "zureichenden Grund" im Sinne dieser Vorschrift dar, so kann Klage erhoben werden, ohne daß der Widerspruchsbescheid abzuwarten wäre. Kaum bezweifeln läßt sich wohl, daß ^{keine} ~~die~~ Widerspruchsbehörde (genausowenig wie die "Verwaltungsbehörde erster Instanz") erst das Anhängigmachen eines Rechtsstreits verlangen darf: Dies wäre ein belastender VA ohne Ermächtigung. Im übrigen dürfte zwar in diesem Zusammenhang das Vorverfahren dem Klageverfahren näher stehen als dem Verwaltungsverfahren, ³⁾ dennoch darf der etwaige Aufhebungsanspruch nicht durch "Aussetzung" unangemessen verzögert werden, es sei denn, hierfür

3) Der einzelne wendet sich in beiden Fällen gegen eine behördliche Maßnahme; er will diese beseitigt haben.

ist eine besondere Ermächtigung wie in § 94 VwGO vorhanden. Ferner bleibt das Widerspruchsverfahren ein Verfahren vor Verwaltungsbehörden. Schon deshalb erscheint eine analoge Anwendung des § 94 VwGO nicht angebracht, zumal die Vorschrift Abwarten einer (zivil-) gerichtlichen Entscheidung betrifft. Dies dürfte sich auch im Hinblick auf die abweichende Sonderregelung des § 75 Satz 1 VwGO verbieten, für die ein Pendant im verwaltungsgerichtlichen Verfahren natürlich fehlt: Es besteht eine Pflicht der Verwaltungsbehörde, möglichst bald über den Widerspruch zu entscheiden, die Schranke dieser Prozeßvoraussetzung für den Kläger zu beseitigen. Dagegen bestehen keine grundsätzlichen Bedenken dagegen, daß die Widerspruchsbehörde bei echtem Bedürfnis "formlos" aussetzt, d. h. vor Erlaß des Widerspruchsbescheids einfach die Entscheidung des Zivilgerichts zunächst abwartet. Allerdings wird man dies - ohne Zustimmung des Widerspruchsführers - nur bis zum Ablauf der 3-Monatsfrist des § 75 Satz 3 zulassen; die Vorgreiflichkeit eines anhängigen Zivilrechtsstreits allein kann nicht als zureichender Grund für eine Verlängerung dieser Frist angesehen werden.

2.3 Rechtslage bei rechtskräftigem Zivilurteil

Eine wichtige Frage ist es schließlich, wie die Ermittlungspflicht von Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgericht durch die rechtskräftige Entscheidung eines Zivilgerichts über präjudizielle Fragen beeinflußt wird. Ob vorher eine Aussetzung erfolgt war oder nicht, spielt dabei keine Rolle. Gestaltungswirkung und Rechtskraft zivilgerichtlicher Urteile wie Beschlüsse sind auch von Verwaltungsgericht und Verwaltungsbehörde zu beachten. Dies ergibt sich bereits aus der Gleichwertigkeit aller Gewalten bzw. Gerichtszweige. Die rechtskräftige Feststellung, A sei nicht Eigentümer einer Sache, bindet auch die Verwaltungsbehörde. Sie kann sich deshalb nicht etwa mit einem VA gegen ihn wenden, der sein Eigentum gerade voraussetzt. Wurde daher in einem Zivilprozeß zwischen dem Adressaten und dem Dritten dessen ziviles Gegenrecht festgestellt oder der Adressat zu einer Leistung verpflichtet, so dürfen Behörde und Gericht bei unveränderten Verhältnissen nicht Fehlen dieses Gegenrechts oder der Verpflichtung unterstellen. Soweit Gestaltungswirkung und Rechtskraft reichen, besteht weder Ermittlungspflicht noch Ermittlungsrecht. Etwa eruierte Tatsachen könnten hier die Entscheidung wegen der Bindung nicht beeinflussen, sie sind nicht "entscheidungserheblich", weitere Aufklärung hat daher zu unterbleiben.

Dabei ist allerdings sorgfältig auf die subjektiven und objektiven Grenzen der Rechtskraft zu achten. ⁴⁾ Wurde z. B. im Rechtsstreit zwischen A und B Eigentum des B festgestellt, so kann sich die Behörde sehr wohl an "C als Eigentümer" halten, mag dies auch nur in Ausnahmefällen zweckmäßig sein. Sie kann dann auch ohne weiteres Ermittlungen anstellen, ob C tatsächlich Eigentümer ist. Von besonderer Bedeutung ist auch, daß nur der Ausspruch der Entscheidung, der Tenor, in Rechtskraft erwächst, die Urteilsgründe lediglich zur Auslegung mit heranzuziehen sind. Nicht rechtskräftig werden damit vor allem die vom Zivilgericht als erwiesen angenommenen zugrundeliegenden Tatsachen. Zwar werden sich Verwaltungsbehörden wie Verwaltungsgerichte häufig an schon gerichtlich überprüfte Tatsachen halten. Angesichts im Zivilprozeß bestehender umfangreicher Behauptungs- und Beweisführungslasten ist hier aber besondere Vorsicht geboten. Im wesentlichen wird sich eine Übernahme auf Ergebnisse von Beweisaufnahmen beschränken müssen, ohne daß freilich auch insoweit ein Zwang bestehen würde. Schon beim geringsten Zweifel dürfen aber Tatsachen keineswegs mehr "übernommen" werden, wenn sie gemäß § 138 ZPO zugestanden wurden oder als zugestanden gelten, oder Behauptungen unberücksichtigt bleiben, nur weil sie gemäß §§ 279, 529 ZPO als verspätet zurückgewiesen worden waren.

4) So auch für den umgekehrten Fall einer Bindung des Zivilgerichts an verwaltungsgerichtliche Entscheidungen, BGH NJW 1966, 1356.

4. Abschnitt: Private Gegenrechte Dritter und Verfahrensbeteiligung

Der vorhergehende dritte Abschnitt behandelte die Einführung der privaten Gegenrechte ins Verfahren, ihre Beurteilung durch Gericht bzw. Behörde, versuchte also, eine mehr "gegenständliche", objektbezogene Seite zu beleuchten. Noch größere praktische wie dogmatische Probleme wirft freilich der "persönliche", subjektbezogene Aspekt auf: Man hat es hier mit drei Rechtsträgern zu tun, der Behörde, dem unmittelbar Betroffenen und dem privat berechtigten Dritten. Zwischen allen bestehen materiellrechtliche (öffentlich- oder privatrechtliche) Beziehungen, die sich gegenseitig überschneiden und beeinflussen. Es liegt auf der Hand, daß dies auch im Verfahrensrecht zu zahlreichen offenen Fragen führt. Berücksichtigung oder Ausgleich der dreifachen, eng miteinander verflochtenen Rechte und Interessen können nicht allein ins materielle Recht verwiesen werden. Dort liegt zwar der Ursprung des Ausgleichs; seine Realisierung bedarf jedoch der Brücke des Verfahrensrechts. Was ist ein Anspruch wert, der nicht in einem geordneten Verfahren vorgebracht und durchgesetzt werden könnte!

Kernfrage ist dabei zunächst, ob und wie der privat berechnigte Dritte in ein Verfahren einbezogen werden kann bzw. muß, das ursprünglich nur das Rechtsverhältnis zwischen der Behörde und dem unmittelbar Betroffenen regeln soll. Kann er gegen einen VA klagen, der nicht ihm selbst gegenüber erging? Mußte oder konnte er im vorhergehenden Verwaltungs-, Vollstreckungs- oder Widerspruchsverfahren informiert und angehört werden, war der Bescheid auch ihm zuzustellen? Hat das Gericht Befugnis oder Pflicht, den Dritten zu beteiligen, wenn der eigentliche Adressat des Verwaltungsgebotes dieses anfiht? Freilich ist die verfahrensrechtliche Stellung des Dritten nicht isoliert zu beurteilen. Einmal könnte dem Zuwachs seiner Befugnisse eine Minderung der prozessualen Rechte des privat Verpflichteten entsprechen. Andererseits hat dieser möglicherweise verfahrensrechtliche Befugnisse auch da, wo zunächst nur über Rechte des Dritten entschieden wird. Einige Fragen mögen diese beiden Fälle andeuten: Ist der die Zustimmung des Dritten ersetzende Ergänzungsakt auch dem privat Verpflichteten zuzustellen, kann dieser dagegen klagen, ist er bei Klage des Dritten zu beteiligen? Kann andererseits der eigentliche Adressat allein klagen oder fehlt ihm die Prozeßführungsbefugnis, da im Prozeß auch die privaten Drittrechte zur Debatte stehen? Dies sind einige Probleme, deren Lösung im folgenden versucht werden soll.

A) Vorfrage: Die Belastung des Adressaten und des Dritten durch Haupt- und Ergänzungsakt

§ 17 Allgemeines zum Begriff und zu den Voraussetzungen der Belastung

1. Nomenklatur

- 1.1 Beeinträchtigung
- 1.2 Belastung - Begünstigung
- 1.3 Verletzung
- 1.4 Adressat - Beteiligter
- 1.5 Beschwer - Berührung

2. Der Begriff der Belastung: Beeinträchtigung einer Rechtsstellung

3. Die rechtsschutzfähige Position (Rechtsstellung)

- 3.1 Subjektiv-öffentliche Rechte
- 3.2 Interessen?
- 3.3 Private Rechte

4. Die nachteilige Einwirkung durch den Verwaltungsakt (Beeinträchtigung)

- 4.1 Möglichkeiten der Einwirkung
- 4.2 Unmittelbarkeit der Einwirkung

Versucht man, die Dreiecksbeziehung Behörde-Adressat-Dritter verfahrensrechtlich zu bewältigen, so wird man immer wieder mit dem Begriff der "Belastung" konfrontiert. Diese "Belastung" soll daher zunächst allgemein auf ihr Wesen und ihre Bedeutung (§ 17), dann speziell auf ihr Vorliegen bei privaten Gegenrechten Dritter (§ 18) untersucht werden. Die Prüfung ihrer Voraussetzungen, ihres Umfangs und ihrer Auswirkungen ist vielfach bedeutsam. Es stellt sich die Kardinalfrage, welche Person ein VA "angeht" in dem Sinne, daß sie vorher anzuhören ist, daß die Entscheidung ihr bekanntgegeben werden muß und daß sie sich dagegen mit Rechtsbehelfen zur Wehr setzen kann oder bei Klage eines Dritten beizuladen ist - um nur einige wichtige Konsequenzen der "Belastung" zu nennen.

1. Nomenklatur

Eine eindeutige und einheitliche Nomenklatur ist besonders zu empfehlen. Viele Mißverständnisse entstehen hier nur durch unscharfe oder unrichtige Verwendung von Begriffen, divergierende Meinungen reduzieren sich häufig auf bloße verschiedene Wortwahl. Es soll daher zunächst der Gebrauch einiger wichtiger Bezeichnungen für den Rahmen dieser Arbeit geklärt und festgelegt werden.

1.1 Unter "Beeinträchtigung" ist im folgenden eine reale nachteilige Einwirkung zu verstehen, sei es auf subjektive Rechte, andere Rechtspositionen oder wirtschaftliche, ideelle und sonstige Interessen.

1.2 Als "Belastung" dagegen wird bezeichnet der nachteilige Einfluß auf eine Rechtsstellung, d. h. die Beeinträchtigung von subjektiv-öffentlichen Rechten und rechtlich geschützten Interessen - im Gegensatz zu bloßen wirtschaftlichen, ideellen Interessen ohne Rechts-(schutz-)Qualität.

Das Pendant zur Belastung ist die "Begünstigung". Sie sollte, da nach ganz vorherrschender Praxis als echter Gegensatz gebraucht, auch nur für positive Einwirkungen auf eine Rechtsstellung verwendet werden.

Der Oberbegriff für Belastung und Begünstigung ist der des "Betroffenseins", er bezeichnet die - positive oder negative - Einwirkung auf die Rechtssphäre (einschließlich rechtlich geschützter Interessen).

1.3 " V e r l e t z u n g " endlich (vgl. §§ 42 Abs. 2, 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO) liegt vor bei nachteiliger, rechtswidriger, tatsächlicher Einwirkung, sie ist einer "rechtswidrigen Beeinträchtigung" gleichzusetzen. Verletzt sein können also subjektiv-öffentliche Rechte, rechtlich geschützte und sonstige Interessen.

1.4 Zwei Begriffe mit mehr verfahrensrechtlichem Akzent sind: der des " A d r e s s a t e n " ; darunter wird die Person verstanden, gegenüber der ein VA ergangen ist oder ergehen soll, und zwar in dem Sinne, daß an sie nach dem Willen der Behörde die Handlung unmittelbar gerichtet ist (vor allem ihr bekanntgegeben, zugestellt wird, ihr Name im Eingang des Bescheides aufgeführt ist). Der Akzent liegt hier im Gegensatz zum Begriff des Betroffenen auf der Bezeichnung eines rein tatsächlichen Vorgangs, nicht der rechtlichen Folgen;

der des " B e t e i l i g t e n " , ein rein verfahrensrechtlicher Begriff; er soll hier im formellen, nicht etwa im materiellen Sinn verstanden werden: Beteiligter ist, wer in ein Verfahren (vor Behörde oder Gericht) vom verfahrensleitenden Organ tatsächlich einbezogen wird, sei es als eigentliche "Zielperson", sei es als "sonstiger Beteiligter". Dabei darf sich die Heranziehung freilich nicht auf bloße Auskunftserteilung, etwa Zeugnis, Abgabe eidesstattlicher Versicherungen, beschränken.

1.5 Erwähnt werden sollen noch zwei Begriffe, die in ihrem Anwendungsbereich weitgehend unklar und umstritten sind:

"Beschwerung" bzw. "B e s c h w e r" wird in der Literatur zur Bezeichnung sehr unterschiedlicher Erscheinungen verwandt. Man sollte sich darauf beschränken, dadurch lediglich die Frage zu kennzeichnen oder zu betonen, daß im Einzelfall auch wirklich eine nachteilige Auswirkung vorliegt, d. h. überhaupt eine Auswirkung und keine positive.

Die " B e r ü h r u n g " (in Rechten oder Interessen) schließlich ist ein Wort, daß vom Gesetzgeber in § 65 Abs. 1 VwGO angeführt wird. Es sollte daher auch, soweit möglich, auf diesen Bereich beschränkt bleiben. Hierauf wird später in § 21 Abschnitt 1.2 näher einzugehen sein.

2. Der Begriff der Belastung: Beeinträchtigung einer Rechtsstellung

Von besonderem Interesse ist, wie gesagt, der Begriff der Belastung. Er bezeichnet eine nachteilige Einwirkung auf die geschützte Rechtssphäre, auf eine Rechtsstellung der Einzelperson.¹⁾ Damit handelt es sich um einen Ausschnitt des Begriffs der Rechtsverletzung, wie er in §§ 42 Abs. 2, 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO auftaucht.

Es ist nun allgemein anerkannt, daß betroffen, d. h. bei nachteiligen Einwirkungen belastet, auch jemand sein kann, an den der VA nicht unmittelbar gerichtet wurde.²⁾ Liegt eine Belastung für den Adressaten in aller Regel schon darin, daß sich die Behörde unmittelbar an ihn wendet, ihm etwas entzieht oder befiehlt, so ist dies freilich beim Nicht-Adressaten, beim "Dritten", anders. Hier bestehen weitgehend Streitigkeiten und Unklarheiten, wann er wirklich betroffen ist, obwohl der VA nicht ausdrücklich an ihn gerichtet wurde. Ausgetragen wird der Streit, da sich dort die wichtigsten Wirkungen ergeben, bei der Frage, ob der Dritte gegenüber solchen Verwaltungsakten klagebefugt (§ 42 Abs. 2 VwGO) bzw. aktivlegitimiert (§ 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO) ist. Im Vordergrund stehen dabei Verwaltungsakte, die den einen begünstigen, den anderen belasten, Verwaltungsakte mit "Dritt- oder Doppelwirkung".³⁾ Freilich ist es auch durchaus möglich, daß mehrere durch einen einheitlichen VA in gleicher Richtung betroffen, d. h. alle begünstigt oder alle belastet werden. Solche Verwaltungsakte sollen hier, greifen sie in die Rechtsstellung mehrerer Personen nachteilig ein, als "Verwaltungsakte mit Doppelbelastung" bezeichnet werden. Zwar ist reichhaltige Literatur zu Verwaltungsakten mit Dritt- oder Doppelwirkung vorhanden,

-
- 1) Obermayer (DÖV 1956, 538/539; ebenso in: Verwaltungsakt, S. 69, 70) will dies durch die Prüfung erfassen, "ob ein VA gerade gegenüber dem Kläger", d. h. der Einzelperson, ergangen sei. Berücksichtigt man, daß zwischen der behördlichen Handlung und dem Impulsgehalt, der Regelung zu unterscheiden und daß unter dem Begriff des Verwaltungsakts grundsätzlich letzteres zu verstehen ist, so hat diese Auffassung in der Tat einiges für sich. Dennoch soll hier das Interesse an der Richtigkeit der Verwendung von Begriffen zurücktreten; in Rechtsprechung und Lehre hat sich weitgehend ein abweichender Sprachgebrauch durchgesetzt.
 - 2) Anstatt vieler: Scholz, WiR 1972, S. 35/41; Fromm, VerwArch. 56, 26/28; BSG, DVBl. 1962, 338 Leitsatz 2; Schunck-De Clerck, Anm. 3 d) bb) zu § 42 VwGO.
 - 3) Die Diskussion betrifft vor allem die sog. öffentlichrechtliche Nachbarklage und die Konkurrentenklage bei Erlaubnissen: Auf die Abgrenzung der Begriffe Dritt- und Doppelwirkung soll hier nicht näher eingegangen werden; vgl. hierzu etwa: Dörfli, NJW 1963, S. 14/15 unter I 3 a) und b).

soweit diese einen Beteiligten begünstigen, den oder die anderen belasten. Die gleichartige Doppelwirkung jedoch, vor allem die Doppelbelastung, wurde bisher in aller Regel nur am Rande behandelt.⁴⁾ Es wird sich zeigen, daß die Ergebnisse bei Verwaltungsakten jener Art auch für unsere Fragestellung zu verwerten, daß dortige Erörterungen auch hier fruchtbar sind.

Eine Belastung hat, wie gesagt, zwei Merkmale, die geschützte Rechtssphäre ("Rechtsstellung") und die nachteilige Einwirkung ("Beeinträchtigung"). Beide sollen nun im folgenden etwas näher betrachtet werden.

3. Die rechtsschutzfähige Position (Rechtsstellung)

Die Literatur zu dieser Frage ist äußerst reichhaltig. Einige ihrer wichtigsten Ergebnisse sollen kurz zusammengefaßt werden:

3.1 Subjektiv-öffentliche Rechte

Als Rechtspositionen sind nach allgemeiner Meinung zunächst die subjektiv-öffentlichen Rechte im eigentlichen Sinne anzusehen, mögen sie Freiheit von Eingriffen, Forderungen auf Leistungen oder Befugnisse zur Mitwirkung gewähren. Hierzu gehören vor allem die Grundrechte, zählen in vielen Einzelvorschriften verankerte öffentlichrechtliche Ansprüche.

Freilich beschränkt sich die Rechtsstellung - und damit der Rechtsschutz - des Bürgers nicht auf diese ausdrücklich eingeräumten und positivgesetzlich ausgeprägten Befugnisse. Vor allem bei Grundrechten ist eine "Ausstrahlung" des Rechts anerkannt. Ein bloßer Interessenbereich ohne eigentliche Rechtsqualität wird in den Grundrechtsschutz mit einbezogen. Auf diese Weise sind Interessen wirtschaftlicher und anderer Art zu "rechtlich geschützten Interessen" aufgewertet, damit "Rechte" im Sinne z. B. des § 42 Abs. 2 VwGO.

4) Typisch z. B. Dörffler, NJW 1963, 14/15, dort Fußnote Nr. 18, oder Haueisen, NJW 1964, 2037/2038 unten und S. 2039, der diese Fälle aus dem Bereich seiner Untersuchung ausdrücklich ausnimmt - allerdings mit der doch etwas zweifelhaften Begründung, sie bereiteten "meist keine Schwierigkeiten".

Die Entscheidung, wo ein derartiger "grundgesetzlich geschützter Rechtskreis" ⁵⁾ endet, ist letztlich nicht abstrakt und dogmatisch, sondern nur durch Wertung im Einzelfall zu ziehen.

Nicht nur durch Grundrechte können nun bloße Interessen "rechtlich geschützt" sein und damit zu echten Rechtsstellungen werden. Es genügt vielmehr jeder ausdrückliche oder stillschweigende Schutz durch irgendeine Norm des öffentlichen Rechts, gleichgültig, welcher Rang ihr zukommt. Damit wird vor allem auch der Weg für die Einsicht eröffnet, daß eine Rechtsstellung auch dann tangiert sein kann, wenn die Behörde sich nicht direkt gerade an den Rechtsinhaber selbst gewandt hat. Sie kann dabei auch, mißachtet sie die einen Dritten schützende Norm, in dessen Rechtsposition eingreifen, seinen Anspruch auf Interessenberücksichtigung verletzen. Wichtige Beispiele dafür sind die öffentlichrechtliche Nachbar- und Konkurrentenklage. Auch hier ist es Frage der Auslegung der einzelnen Vorschrift, damit in der Regel Ergebnis einer Wertung, ob solcher Rechtsschutz verliehen sein soll oder ob lediglich ein "Rechtsreflex" vorliegt, d. h. die Norm ausschließlich dem öffentlichen Interesse dient.

3.2 Interessen?

Fehlen freilich solche Normen mit Schutzfunktion für den einzelnen, so ist wirtschaftlichen, kulturellen, ideellen und sonstigen Interessen grundsätzlich die Eigenschaft einer Rechtsstellung abzusprechen.

Diese bislang ~~nahezu~~ unstreitige ⁶⁾ Unterscheidung zwischen bloßen Interessen und klagefähigen Rechtspositionen wird neuerdings durch Bernhardt ⁷⁾ angezweifelt: Zwar verlangt auch er formal, Interessen müßten durch Normen des öffentlichen Rechts geschützt sein, wolle

-
- 5) So Hauelsen, a.a.O., Fußnote 5. Bachof, Verfassungsrecht I, S. 221, übernimmt vom BVerwG die Formulierung "rechtlich geschützter Lebenskreis". Scholz, WiR 1972, S. 59 ff., bringt als typisches Beispiel für das Wirtschaftsrecht die durch Art. 3, 12, 14 GG geschützte Wettbewerbsfähigkeit. Als weiteres Beispiel mag der sog. "good-will" als Bestandteil des Rechts am Gewerbebetrieb (Art. 14 GG) dienen.
- 6) Bachof, a.a.O., S. 222 (Nr. 98), bezeichnet sie als "allgemeine Auffassung"; vgl. etwa auch Scholz, a.a.O., S. 52.
- 7) Bernhardt, JZ 1963, 302/306; zustimmend Theuerkauf, DVBl. 1964, 386/387, und Bleckmann, VerwArch. 1972, S. 183/205 und 206 mit weiteren Nachweisen.

man sie als "Rechte" ansehen. Er folgert jedoch aus Art. 2 Abs. 1 GG ein ganz allgemeines und umfassendes Recht jedes einzelnen darauf, "daß seine Interessen nur in gesetzmäßiger Weise beschnitten werden". Damit gibt er die Differenzierung zwischen rechtlich geschützten und sonstigen Interessen praktisch auf. Er meint, Befugnisse oder Schranken, die die Verwaltung einem Rechtssubjekt gewähre bzw. auferlege, könnten die Interessen eines Dritten ebenso stark wie die des Adressaten selbst berühren. Zur Stützung seiner Auffassung führt er auch mehrere Urteile des BVerfG zu Art. 2 Abs. 1 GG an, nach denen niemand durch die Staatsgewalt mit einem ungerechtfertigten Nachteil belastet werden dürfe. Die Beschränkung auf Recht und rechtlich geschützte Interessen ist nach Auffassung von Bernhardt nicht klar und konsequent durchführbar. Als auch von ihm für notwendig gehaltenes Korrektiv gegenüber der sonst drohenden Zulässigkeit der Popularklage empfiehlt er Beschränkung der Klagebefugnis auf "nicht unerhebliche" Interessen; abstrakte Aussagen seien hier freilich nicht möglich.

Diese Auffassung wird nicht geteilt, vielmehr wird der ganz h. M. zugestimmt, die an der Unterscheidung zwischen rechtlich geschützten und sonstigen Interessen festhält.⁸⁾ Es wäre eine Verfälschung des klaren Willens von Gesetz (§§ 42 Abs. 2, 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO) wie Verfassung (Art. 19 Abs. 4 GG), den Begriff des "Rechts" hier völlig aufzuweichen. Die Abgrenzung, wie sie die h. M. vornimmt, führt zwar durchaus zu Problemen und Zweifelsfragen, doch erscheinen diese immerhin lösbar. Auch sind heute, was nicht unterbewertet werden darf, gewisse Grundsätze und Richtlinien vorhanden, die die Beurteilung im Einzelfall wenigstens kalkulierbar machen. Dagegen würde ein Abstellen z. B. auf die "Erheblichkeit" der Beeinträchtigung zu ausschließlicher Kasuistik und völliger Rechtsunsicherheit führen. Auch die verfassungsrechtliche Begründung der abweichenden Auffassung ist unzutreffend. Den angezogenen Urteilen des BVerfG kann keineswegs eine Abkehr von der bisher allgemein vertretenen Meinung entnommen werden. Im Gegenteil hat das BVerfG seine ständige Rechtsprechung zu der gleichen Frage bei Auslegung des § 90 BVerfGG in dieser Hinsicht erneut bestätigt und ausgeführt, ein am Verfahren nicht Beteiligter könne nur in Ausnahmefällen

8) Vgl. dazu Laubinger, Doppelwirkung. S. 28, mit zahlreichen weiteren Nachweisen auch bzgl. Kritik an der Auffassung von Bernhardt.

Verfassungsbeschwerde einlegen, nämlich dann, "wenn durch die angefochtene Entscheidung eine Rechtsposition eines am Verfahren nicht Beteiligten unmittelbar verändert" werde. ⁹⁾

3.3 Private Rechte

Nach ganz herrschender Meinung können und müssen auch private Rechte als "Rechtsstellung" gegenüber der öffentlichen Gewalt angesehen werden. ¹⁰⁾ Allerdings wird bisweilen der gegenteilige Standpunkt vertreten: Bauer ¹¹⁾ argumentiert z. B., die Verwaltungsgerichte seien nur für Streitigkeiten über öffentliches Recht zuständig, nur hierüber sei eine Entscheidung möglich; im Verwaltungsprozeß sei Parteirolle nur für den denkbar, der ein öffentliches Recht verfechte. Dem tritt Bachof ¹²⁾ zutreffend mit dem Hinweis entgegen, hier werde der Charakter des VA mit dem der Rechte verwechselt, in die er eingreift. So ist es in der Tat: Der Kläger wehrt einen Eingriff von hoher Hand ab - der VA ist notwendig hoheitlich -; damit ist die Rechtsbeziehung zwischen dem Betroffenen und der Behörde auf jeden Fall öffentlichrechtlich. Das verlangt aber nicht, daß gerade in öffentliche Rechte eingegriffen wurde. Der Charakter des verletzten Rechtsguts gehört nicht zum Streitgegenstand, sondern kann lediglich Vorfrage sein. Der Streitgegenstand bei Anfechtungsklagen ist nicht dadurch geprägt, daß in öffentliche Rechte eingegriffen wird, sondern dadurch, daß in Rechte hoheitlich eingegriffen wird.

Eingehender begründet Obermayer ¹³⁾ seine ebenfalls abweichende Auffassung: Eine Rechtsverletzung durch einen VA sei immer eine Rechtsverletzung im Verhältnis der Über- und Unterordnung, Verletzung privater Rechte durch einen VA sei daher begrifflich ausgeschlossen. Es könne jemand lediglich durch die Verletzung eines

9) BVerfG, NJW 1969, 267 - daß sich die Verfassungsbeschwerde hier gegen ein Gerichtsurteil, nicht gegen einen VA richtete, ist in diesem Zusammenhang bedeutungslos.

10) Hauelsen, NJW 1964, 2037, Fußnote 5, und bereits in DVBl. 1952, 521, zur damaligen Parallelvorschrift des § 35 VGG; Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht II, S. 9; Fromm, VerwArch. 56, 26/33, mit weiteren Nachweisen; Laubinger, a.a.O., Fußnote 71 auf S. 15; Wolff, Verwaltungsrecht III, S. 403. (2. Auflage!)

11) DÖV 1949, 189/192. Die Ausführungen beziehen sich auf das für eine Beiladung erforderliche "rechtliche Interesse".

12) DÖV 1949, 364/365.

13) in: Mang-Maunz-Mayer-Obermayer, Staats- und Verwaltungsrecht, S. 237.

subjektiv-öffentlichen Rechts auch in seiner Privatsphäre beeinträchtigt werden. Die Rechtsverletzung bestehe dann aber darin - als Beispiel wird unrechtmäßige Enteignung angegeben -, daß ein öffentliches Recht auf Unterbleiben dieses Eingriffs (hier Art. 14 Abs. 3 GG) und "das verfassungsmäßige subjektiv-öffentliche Recht auf Gesetzmäßigkeit der Verwaltung (Art. 20 Abs. 3 GG)" mißachtet sei. Ähnlich sei es etwa bei liquiden privatrechtlichen Einwendungen im Rahmen eines Genehmigungsverfahrens nach §§ 16 ff. GewO. Auch hier werde der Berechtigte nicht im privaten Recht gegenüber dem Antragsteller, sondern allein im subjektiv-öffentlichen Recht gegenüber der Behörde auf Berücksichtigung seiner privaten Rechte betroffen. Davon zu unterscheiden sei die Verletzung der privaten Rechte durch Ausführung des genehmigten Vorhabens, also die durch den Antragsteller selbst. Wesentlich an dieser Auffassung - soweit sie nicht auf ähnliche Argumente wie Bauer gestützt wird - ist es, daß die Verletzung privater Rechte durch einen VA "begrifflich" ausgeschlossen sein soll. Aus den Ausführungen Obermeyers geht wohl hervor, daß er eine Verletzung, d. h. rechtswidrige Belastung, ausschließlich in der Nichtanwendung einer den Kläger schützenden Norm sehen will. Hinzukommen könnte nach ihm wohl allenfalls die Anwendung einer nicht zutreffenden Norm, auf deren Nichtanwendung der Kläger ein subjektiv-öffentliches Recht hat. Dabei wird davon ausgegangen, das beeinträchtigte Recht müsse sich denkbare und unabdingbar gerade gegen die Behörde richten. Als Rechtsstellung wird ausschließlich der - positive oder negative - Gesetzesvollziehungsanspruch anerkannt, soweit das Gesetz Einzelinteressen schützt. Dann freilich muß dieser Anspruch stets in einer öffentlichrechtlichen Vorschrift verkörpert sein und kann nur im Verhältnis der Unterordnung bestehen. Nur "Forderungen" gegen die Behörde - auf Leistung, Beachtung von Interessen, Anwendung oder Nichtanwendung von Rechtsnormen - sollen danach taugliche Rechtsstellungen sein, nicht dagegen Forderungen gegen Dritte, v. a. Privatpersonen, und absolute Rechte. Beide könnten erst auf dem Umweg über einen "Anspruch auf Beachtung im Verfahren" zu Belastung und Klage recht führen. Für solche Einschränkung fehlt jedoch ein zwingender Grund. Ein VA erschöpft sich nicht im Vorgang der Rechtsanwendung, der Subsumtion, sondern er verändert die Rechtslage, er schafft neue Regelungen. Hierin liegt sein wesentlicher Inhalt; hierdurch werden die Schöpfung des Begriffs "Verwaltungsakt" und seine Anwendung unter dem Aspekt des Rechtsschutzes überhaupt erst gerecht-

fertigt. Diese Regelung erfolgt nun zwar hoheitlich, ihr Inhalt kann jedoch durchaus auch privatrechtlich sein. Die Regelung wird zwar von der Behörde vorgenommen, sie kann aber auch auf Rechtsbeziehungen des Betroffenen zu Dritten oder auf seine absoluten Rechte einwirken. In diesen Fällen ist das Bedürfnis nach Rechtsschutz gegenüber der Verwaltung keineswegs geringer. Zweck der Begriffsbildungen "Belastung" und "Verwaltungsakt" aber ist letztlich die Gewährung von Rechtsschutz, nicht die Ausübung von Verwaltungskontrolle; zu prüfen ist daher die Einwirkung auf ein subjektives Recht, nicht die Anwendung des objektiven Rechts. Man würde andernfalls das Wesen der verwaltungsgerichtlichen Anfechtungsklage verfälschen. Sie wäre sonst im Prinzip eine Leistungsklage, erstrebte die Verwirklichung eines Anspruchs auf positives Handeln der Behörde, eben auf Beachtung des Rechts. Ihr wird jedoch zu Recht von der herrschenden Meinung im Grundsatz negatorische Funktion zugeschrieben; sie wird als Abwehrklage betrachtet, was der gesetzlichen Regelung wie dem formellen Hauptgrundrecht des Art. 19 Abs. 4 GG letzten Endes auch mehr entspricht.

Allerdings mindert sich die praktische Bedeutung dieser Streitfragen ganz erheblich, wenn man folgendes bedenkt: Jedes private Vermögensrecht genießt nach heute ganz allgemeiner Meinung auch den Schutz des Art. 14 GG, d. h. es ist zumindest zugleich ein öffentliches Freiheitsrecht. Die grundrechtliche Eigentumsgarantie ist keinesfalls auf das Eigentum im rechtlichen Sinne (§ 903 BGB) beschränkt, sondern erfaßt alle dinglichen und schuldrechtlichen Positionen. Auch private Rechte persönlichen Charakters werden im wesentlichen durch Grundrechte erfaßt, wie etwa durch Art. 6 GG (familienrechtliche Stellungen) oder bereits durch Art. 14 GG (Erbrecht). Dann spielt es im Ergebnis keine Rolle, ob man das private Recht sofort als "Recht" im Sinne der §§ 42, 113 VwGO ansieht oder ihm die gleiche Qualität über diesen Umweg einräumt.

4. Die nachteilige Einwirkung durch den VA (Beeinträchtigung)

Die Diskussion beschäftigte sich meist mit der Klärung, ob im Einzelfall eine rechtsschutzfähige Position vorlag, ob vor allem eine Norm nicht ausschließlich öffentlichen Interessen zu dienen bestimmt war, ob also nicht nur Beeinträchtigung, sondern auch

Belastung vorlag. Deshalb trat die ebenso wichtige Frage oft in den Hintergrund, ob diese Rechtsposition gerade durch das betreffende Verwaltungshandeln auch wirklich beeinträchtigt wurde. Diese Prüfung darf jedoch nicht vernachlässigt werden. Keine "statische", sondern eine "dynamische" Betrachtungsweise ist angebracht. Nicht allein das Bestehen eines Rechts ist entscheidend, sondern ebenso die Frage, ob in dieses Recht wirklich eingegriffen wurde. Dazu nun ist die Rechtslage vor und nach Ergehen des VA zu vergleichen.

4.1 Möglichkeiten der Einwirkung

Es muß infolge des VA wirklich eine - hier nachteilige - Einwirkung auf das Recht erfolgen, dieses muß irgendwie geändert, vermindert sein oder es muß dagegen "verstoßen", d. h. ein Beseitigungsanspruch ausgelöst werden. Obermayer will, wie eben erörtert, die Einwirkung durch VA auf die Nichtanwendung einer öffentlichrechtlichen Norm beschränkt wissen. Dies ist aber nicht die einzig vorstellbare Art der Rechtsminderung. Verletzt wird ja auch nach Obermayer nicht das objektive Recht, sondern ein subjektiver Anspruch des Bürgers gegen die Behörde auf Einhaltung objektiven Rechts, und zwar wird er verletzt einfach dadurch, daß er nicht erfüllt wird. Es kann nun durch einen behördlichen Akt ein privates oder öffentliches Recht völlig erlöschen, es kann auf die Behörde übergehen, es kann gemindert oder sonst geändert werden, schließlich kann auch bei Bestehenbleiben des Rechts ein Beseitigungsanspruch entstehen. All diese Formen der Tangierung eines Rechts sollten aber als "Eingriff" angesehen werden. Was man hier unter der Einwirkung, der Beeinträchtigung verstehen will, ist letztlich eine Frage der Zweckmäßigkeit,¹⁴⁾ eine engere wie eine weitere Auffassung sind grundsätzlich möglich. Versteht man, wie hier befürwortet, unter "Rechtsstellung" auch Rechte, die sich nicht gerade gegen die Behörde selbst richten, so braucht man für die Bejahung der Beeinträchtigung keinen subjektiv-öffentlichen Anspruch auf Gesetzesvollziehung oder Interessenbeachtung zu konstruieren. Der Umweg, nur ein spezielles öffentliches Recht auf Berücksichtigung privater Befugnisse im Verfahren könne verletzt sein, erscheint hier nicht nötig, zumal vor allem wegen Art. 14 GG im Ergebnis praktische Unterschiede kaum bestehen dürften.

14) Maunz-Dürig, RNR. 34 zu Art. 19 GG sprechen von einer Frage der "Konstruktion".

Es ist daher festzuhalten, daß auf ein Recht eingewirkt werden und daß der Betroffene belastet sein kann vor allem durch:

- Verminderung oder sonstige nachteilige Veränderung des Rechts,
- Entzug des Rechts (Erlöschen oder Übergang auf Behörde, auf Dritten),
- Eingriff in den Schutzbereich eines absoluten Rechts,
- Nichtanwendung einer öffentlichrechtlichen Norm, auf deren Beachtung der einzelne ein subjektiv-öffentliches Recht hat.

4.2 Unmittelbarkeit der Einwirkung

Nun genügt aber auch nicht jede beliebige Art von Einwirkung, vor allem nicht die bloße Kausalität zwischen dem Ergehen eines VA und einer Minderung der Rechtsposition. Man kann sich das an der Konstruktion der "Normen mit Nachbarschutzfunktion" verdeutlichen. Diese gesamte Konstruktion geht auf allgemein unterstellte, wenn auch selten deutlich ausgesprochene qualitative Anforderungen an eine solche "Beeinträchtigung" zurück. Wird z. B. eine Baugenehmigung erteilt, daraufhin gebaut und dem Nachbarn das Licht entzogen, sein Eigentum verletzt, so kann die Kausalität der Genehmigung für diesen Rechtseingriff wohl kaum in Frage gestellt werden. Dennoch lehnen Rechtsprechung und Lehre eine allein hierauf gestützte öffentlichrechtliche Nachbarklage ganz überwiegend ab: Erst die Handlung des Bauwilligen, nicht schon die behördliche Genehmigung, die ja "unbeschadet der Rechte Dritter" ergehe, sei geeignet, in das Eigentum des Nachbarn einzugreifen, ihn zu "belasten". Mit anderen Worten, die bloße "Verursachung" der Rechtsminderung durch den VA genügt eben nicht. Die allgemeine Meinung läßt freilich die Nachbarklage auch hier unter bestimmten Voraussetzungen zu. Ermöglicht und begründet wird dies jedoch nur dadurch, daß man aus einzelnen Normen des materiellen Rechts eine geschützte Position des Dritten herleitet, ¹⁵⁾ in die schon durch die Genehmigung selbst eingegriffen werden kann. Werden die Gebote dieser Rechtsnormen von der Behörde durch Genehmigungserteilung mißachtet, so wird allein schon dadurch dem Dritten, der Anspruch auf ihre Anwendung hat, ein ihm zustehendes Recht entzogen. Die klagefähige Rechtsposition ist dann nicht mehr das verletzte Eigentum, sondern der hier im Sonderfall auch dem Nachbarn zustehende Gesetzesvollziehungsanspruch.

15) Vgl. besonders deutlich in der Unterscheidung: Bettermann, NJW 1961, 1097/1098 unter Abschnitt 3 a).

Genügt also die bloße Verursachung der Beeinträchtigung durch den behördlichen Akt nicht, so bleibt zu klären, welche Anforderungen gestellt werden müssen. Soweit in der Literatur überhaupt hierauf näher eingegangen wird, ist häufig von einer "mittelbaren" Einwirkung die Rede. In der Beurteilung ihrer Folgen herrscht allerdings wenig Übereinstimmung. Einerseits soll auch dieses mittelbare Betroffensein zur Klagebefugnis ausreichen, ¹⁶⁾ andererseits wird ein Gegensatz zwischen unmittelbarer Rechts- und bloß mittelbarer Interessenbeeinträchtigung konstruiert; nur erstere genüge den Anforderungen der §§ 42 Abs. 2, 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO, sei also Belastung. ¹⁷⁾ Bei genauerer Betrachtung zeigt sich jedoch, daß hier im wesentlichen nicht sachliche, sondern überwiegend sprachliche Meinungsverschiedenheiten bestehen. Als "mittelbare" Einwirkung wird nämlich zum Teil die Beeinträchtigung erst durch H a n - d e l n eines Dritten, v. a. des eigentlichen Adressaten, bezeichnet, ¹⁸⁾ in anderen Fällen dagegen die Beeinträchtigung, die erst infolge bestehender R e c h t s b e z i e h u n g e n zu Dritten eintritt; ¹⁹⁾ wieder andere verstehen unter mittelbarer Einwirkung schlicht den Fall, daß jemand rechtlich betroffen ist, ohne Adressat des VA zu sein. ²⁰⁾ Daß bei so unterschiedlicher Verwendung des Begriffes "unmittelbar" die Meinungen über eine mögliche Belastung durch "mittelbare" Einwirkung im Ergebnis weit auseinandergehen, braucht dann nicht mehr zu verwundern. Es wird deshalb folgende Sprachregelung vorgeschlagen:

-
- 16) So z. B. Jellinek, Verwaltungsrecht, S. 295; Ule, Verwaltungsgerichtsbarkeit, Anm. III. 2. zu § 42 VwGO (S. 127); derselbe, Verwaltungsprozeßrecht, S. 135; Schunck-De Clerck, Anm. 3 d) bb) zu § 42 VwGO; aus der Rechtsprechung vgl. etwa BVerwG, DVBl. 1959, 396/397; VGH Stuttgart, VerwRSpr. 9, 976/977.
- 17) So schon PROVGE 38, 376/378 und 379 zur damaligen "Beschwerdebefugnis"; besonders deutlich: Obermayer, DÖV 1956, 538/539; (weniger eindeutig: derselbe, Verwaltungsakt, S. 71) vgl. ferner BVerwG, VerwRSpr. 20, 217/219; Haueisen, NJW 1964, 2037/2041, dort vor allem Fußnote 37; Dörffler, NJW 1963, 14; BVerfG, NJW 1969, S. 267 unter B II; Bettermann, NJW 1961, 1097/1098 unter Abschnitt 3 a).
- 18) So z. B.: Obermayer, DÖV 1956, 539; Dörffler, a.a.O., S. 14; Bettermann, a.a.O., S. 1098.
- 19) So etwa: VGH Stuttgart, Jellinek, BVerwG, Schunck-De Clerck - alle jeweils a.a.O.
- 20) So wohl Ule, Verwaltungsgerichtsbarkeit, Anm. III. 2 (S. 127) zu § 42 VwGO.

- eine Beeinträchtigung erst durch die Handlung eines anderen (meist des eigentlichen Adressaten) soll als "mittelbare" Einwirkung,
- eine Beeinträchtigung erst über Rechtsbeziehungen zu einem anderen (meist zum eigentlichen Adressaten) soll als "indirekte" Einwirkung bezeichnet werden.

Eine Berücksichtigung "philologischer" Feinheiten und Unterschiede führt dann zu dem Ergebnis, daß in der Sache weitgehend Einigkeit herrscht: Die ganz überwiegende Meinung geht zu Recht davon aus, daß zwar in diesem Sinne "indirekte", daß aber nicht die "mittelbarer" Einwirkungen eine Rechtsverletzung gemäß §§ 42 Abs. 2, 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO, d. h. eine "Belastung", sein können. Für den Eintritt einer Belastung ist also eine Einwirkung auf ein Recht in der Art notwendig, daß bereits durch den behördlichen Akt allein - ohne Hinzukommen weiterer Handlungen anderer - eine sofortige Gestaltung der Rechtslage, eine Minderung, Ausschaltung, ein Verlust des Rechts oder ein Anspruch wegen Verletzung des Rechts eintritt bzw. entsteht. Nicht ausreichend für eine Belastung ist damit zum einen die nur mittelbare Einwirkung auf eine Rechtsposition, zum anderen die unmittelbare Einwirkung auf ein bloßes - rechtlich nicht geschütztes - Interesse. Diese Anforderung an eine verwaltungsgerichtlichen Schutz auslösende Einwirkung ist auch durchaus gerechtfertigt: Eine Ausschaltung der bloß mittelbaren Einwirkung rechtfertigt sich daraus, daß der Bürger schon durch den VA selbst betroffen sein muß. Jeder VA kann eine Anzahl von Folgen haben, die für Rechte von Einzelpersonen nachteilig sind. Die erwünschte Vermeidung von Popularklagen erfordert aber, daß die bloße Kausalität nicht zur Klagebefugnis führt, sondern daß eine qualifizierte Einwirkung erfolgt, eben derart, daß schon der VA allein einen Rechtseingriff darstellt. Verwaltungsrechtsschutz ist zu gewähren gegen behördliche Akte, grundsätzlich nicht gegen Handlungen Privater, mögen sie auch in irgendeinem ursächlichen Zusammenhang mit behördlichen Handlungen stehen. Dagegen sind "indirekte" Einwirkungen auf Rechte als Belastung anzusehen. Es darf keine Rolle spielen, ob ein absolutes Recht oder ein Anspruch gegen die Behörde vorliegt, ob in Rechtsbeziehungen zwischen Bürger und Behörde oder zwischen zwei Bürgern eingegriffen wird. Auch im letzten Fall wird Rechtsschutz allein gegen die öffentliche Gewalt eingeräumt. Schon allein durch den VA wurde die

Rechtslage umgestaltet, gegen diesen VA muß dann der Bürger auch vorgehen können. Dies gilt umsomehr deshalb, weil eine zivilrechtliche Klage gegen den anderen Bürger ja infolge Veränderung der privaten Rechtslage durch den VA in der Regel keinen Erfolg mehr haben kann.

./.

§ 18 Belastung bei privaten Gegenrechten Dritter

1. Hauptakt - Belastung des Dritten?

- 1.1 Direkter Eingriff in private Rechtsstellung
- 1.2 Indirekter Eingriff in Rechtsbeziehungen zum Adressaten
- 1.3 Einwirkung auf grundrechtlich geschützten Interessenkreis
- 1.4 Nichtbeachtung einer Norm mit Drittschutzfunktion
- 1.5 Sonderfälle

2. Belastung der Beteiligten durch sonstige Verwaltungsakte (Ergänzungsakt, Vollstreckung)

- 2.1 Ergänzungsakt
- 2.2 Vollstreckungsakte

3. Belastung bei Gemeinschaften

- 3.1 Isolierter Verwaltungsakt gegenüber einem Gemeinschafter
- 3.2 Einzelanordnungen gegen mehrere oder jeden Gemeinschafter
- 3.3 Verwaltungsakt gegen die Gemeinschaft als solche
- 3.4 Vollstreckungsakte

./.

In § 17 wurden allgemein die Anforderungen erörtert, die an eine "Belastung" zu stellen sind. Nun soll geprüft werden, welche Personen beim hier interessierenden Fall der privaten Gegenrechte Dritter durch Verwaltungsakte - Hauptakt, Ergänzungsakt, Vollstreckungsmaßnahmen, Verwaltungsbefehle gegenüber Gemeinschaften - belastet werden.

1. Hauptakt - Belastung des Dritten?

Durch diesen Verwaltungsbefehl wird zunächst einmal zweifellos der eigentliche A d r e s s a t belastet. Gerade ihm wird ein bestimmtes Verhalten abverlangt, in seine Rechtssphäre ist damit eingegriffen. Eine unmittelbare Einwirkung auf die Rechtsstellung des D r i t t e n dagegen erscheint fraglich, dieses Problem ist daher eingehend zu erörtern. Die Belastung ließe sich hier auf der Grundlage der in § 17 gefundenen Ergebnisse auf vier unterschiedliche Arten konstruieren:

- (1) Es könnte "direktes" Betroffensein wegen Einwirkung auf absolute private Rechte, v. a. auf das Eigentum, vorliegen.
- (2) Der Dritte könnte "indirekt", gleichwegen unmittelbar, in sonstigen - v. a. schuldrechtlichen - Rechtsbeziehungen zum Adressaten betroffen sein, z. B. könnten seine Rechte aus Mietvertrag durch den behördlichen Akt umgestaltet werden.
- (3) Eingriff gegen den Adressaten könnte den Schutzbereich eines dem Dritten zustehenden Grundrechtes tangieren.
- (4) Der Dritte könnte schließlich in sonstigen gesetzlich geschützten Interessen beeinträchtigt sein; ein öffentlich-rechtlicher Anspruch gegen die Behörde auf Beachtung seiner privaten Interessen wäre durch Nichtanwendung von ihn schützenden Normen verletzt.

Diese vier Möglichkeiten sollen zunächst für den "Normalfall" entgegenstehender privater Drittrechte erörtert werden. Anschließend bleibt die Rechtslage für einige Sonderfälle ¹⁾ zu untersuchen.

1) Es handelt sich um die in § 5 Abschnitt 4 dargestellten "besonderen Duldungspflichten".

1.1 Direkter Eingriff in private Rechtsstellung

In Frage kommen in erster Linie Eigentum, beschränkt dingliche Rechte (etwa Nießbrauch) und der Besitz. Beeinträchtigt sein könnten diese Rechtsstellungen durch völligen tatsächlichen oder rechtlichen Entzug oder durch sonstigen Eingriff in ihren Schutzbereich (z. B. "Besitzstörung").

1.1.1 Bereits die wenigen Stimmen in Rechtsprechung und Literatur zu dieser Frage sind uneinheitlich: So wird z. B. in einer frühen Entscheidung des ProVG ²⁾ eine Belastung des Dritten in seinem Eigentum unter Bezug auf den Satz "quod per alium fecimus, ipsi fecisse videmur" bejaht; die auf Grund einer Auflage zu erwartende Handlung des Adressaten wird einem Eingriff der Behörde gleichgesetzt. Zu diesem Ergebnis gelangt auch ein späteres Urteil desselben Gerichts ³⁾ aus einem Vergleich zwischen behördlicher Erlaubnis, die noch nicht in Drittrechte eingreife, und behördlichem Gebot, bei dem dies sehr wohl der Fall sei. Als im Besitzstand betroffen betrachtet das OVG Hamburg ⁴⁾ den zum Gebrauch der fraglichen Sache berechtigten Dritten; Ule ⁵⁾ und Wolff ⁶⁾ bejahen aus diesem Grund eine Klagebefugnis aus dem Besitzrecht des Dritten.

Die beiden letztgenannten berufen sich dabei allerdings zu Unrecht auf eine Entscheidung des VGH Stuttgart, ⁷⁾ der die Klage hier gerade mangels Rechtsverletzung als unbegründet abweist: Das Gericht betont, daß das Besitzrecht weder unmittelbar noch mittelbar beeinträchtigt werde. Ähnlicher Auffassung ist auch das BVerwG, ⁸⁾ wenn es für den Fall einer Auflage gegenüber dem Pächter ausführt, der Eigentümer werde "nicht beschwert", sein "Eigentumsrecht werde nicht angetastet".

1.1.2 Die zutreffende Beurteilung erleichtert ein Vergleich zum rein öffentlichrechtlichen Genehmigungsverfahren, etwa der Bauerlaubnis: Dort ist ganz herrschende Meinung, ⁹⁾ daß solche privaten

2) ProVGE 10, 198/199.

3) ProVGE 38, 362/367.

4) DVBl. 1957, 867/869.

5) Verwaltungsgerichtsbarkeit, Anm. III. 1. b) zu § 42 VwGO (S.123).

6) Verwaltungsrecht III, S. 405.(2. Auflage!)

7) VerwRSpr. 9, 976/977.

8) DÖV 1966, 761/762.

9) Vgl. zu diesen Fragen die näheren Ausführungen in § 17 Abschnitt 4.2.

Gegenrechte nicht schon die behördliche Genehmigung, sondern erst das spätere Handeln des Genehmigungsempfängers, des Adressaten, verletzen kann. Für die Befähigung eines unmittelbaren Eingriffs, einer Belastung bereits durch die Erlaubnis genügt deren bloße Kausalität für spätere tatsächliche Einwirkungen nicht. Der Dritte ist von der öffentlichrechtlichen Unbedenklichkeitsbescheinigung, die ja seine Rechte unberührt läßt, grundsätzlich nicht betroffen. Im Prinzip nicht anders verhält es sich beim Verwaltungsbefehl. Regelungsgegenstand ist - wie bei der Erlaubnis die Befugnis - hier die Pflicht des Adressaten ausschließlich, soweit sie dem ö f f e n t l i c h e n Recht zugehört. Gebot wie Verbot ergehen grundsätzlich "unbeschadet privater Rechte Dritter". Nun liegt das Argument nahe, eine Erlaubnis lasse die privatrechtliche Zulässigkeit des Verhaltens stillschweigend oder ausdrücklich dahingestellt; der - deshalb auch rechtswidrige - Befehl gehe dagegen von ihr stillschweigend aus. Jedoch könnte allein eine falsche Beurteilung der Rechtslage durch die Behörde keine Belastung darstellen, solange nicht in Rechtsstellungen des einzelnen eingegriffen wird, diese durch VA gemindert werden. Die Rechtswidrigkeit läßt eine Beeinträchtigung zur Verletzung werden, nicht aber kann allein sie eine Belastung begründen.

Erst die Handlung des Adressaten kann also hier in private Rechte des Dritten eingreifen, erst sie ist eine unmittelbare Beeinträchtigung. Nur wenn man der Behörde dieses spätere Verhalten des Adressaten als ihr eigenes zuzurechnen hätte, ließe sich dann gleichsam im Vorgriff eine schon jetzt eintretende Belastung auch des Dritten bejahen. Dann wäre der Verwaltungsbefehl gegenüber dem Adressaten nur der Beginn eines von der Behörde gesteuerten, ihr allein voll zuzurechnenden Vorgangs. Sie selbst griffe in die Drittrechte ein, bediente sich lediglich des Adressaten als Werkzeugs. Das aber darf hier entgegen der zitierten Äußerung des ProVG nicht angenommen werden: Einmal kann sich der Dritte gegen das spätere Verhalten des Adressaten rechtlich zulässig und tatsächlich erfolgreich zur Wehr setzen, Klage beim Zivilgericht erheben, die verbotene Eigenmacht nach zivilrechtlichen Bestimmungen notfalls mit Gewalt abwehren. Anders wäre es jedoch bei behördlichen Eingriffen, die unter Umständen obrigkeitlich durchgesetzt würden. Ein Vergleich mit dem Rechtsinstitut des "beliehenen Unternehmers"

liegt nahe. Derartige Beleihung kann nur dann angenommen werden, wenn der Privatmann mit behördlicher Macht ausgestattet wird, wenn ihm Entscheidungsbefugnisse oder Zwangsrechte zustehen, über die sonst ausschließlich der Staat verfügt. Nur dann läßt sich auch dem Staat das Verhalten des Privatmannes zurechnen; ist es ein Verwaltungsakt, darf es für den Rechtsschutz keine Rolle spielen, ob der Staat selbst oder ein von ihm Beauftragter die öffentliche Gewalt ausübt. Anders hier: Der Adressat des Verwaltungsbefehls erhält weder rechtlich noch tatsächlich irgendeinen Machtzuwachs. Sein späteres Handeln bleibt allein in der Privatrechtssphäre. Er ist nicht verlängerter Arm der Behörde, sondern handelt voll eigenverantwortlich.¹⁰⁾ Rechtsschutz wird jedoch ausschließlich gegen die öffentliche Gewalt gewährt, nicht gegen Handlungen Privater. Das gilt auch dann, wenn diese Handlungen von behördlichem Verhalten beeinflusst und veranlaßt sind.

1.1.3 Das Eigentum, der Besitz usw. des Dritten werden also nicht durch den Verwaltungsbefehl gegenüber dem Adressaten, sondern erst durch dessen eigene, der Behörde nicht zuzurechnende Handlung beeinträchtigt. Es fehlt an der Unmittelbarkeit der behördlichen Einwirkung.

1.2 Indirekter Eingriff in Rechtsbeziehungen zum Adressaten

Eine zweite Möglichkeit der Belastung des Dritten wäre es, daß zwischen ihm und dem Adressaten bestehende privatrechtliche Beziehungen durch den VA unmittelbar umgestaltet, daß seine privaten Rechte "indirekt" gemindert oder entzogen werden könnten. So wäre es z. B., wenn kraft des behördlichen Befehls ein Mietverhältnis aufgelöst, ein außerordentlicher Kündigungsgrund geschaffen würde etc. Damit ist allein entscheidend, ob einem derartigen Verwaltungsgebot privatrechtsgestaltende Wirkung zukommt.

Die Literatur¹¹⁾ verneint dies für den Regelfall der entgegenstehenden Drittrechte ganz überwiegend. Genau diese Frage wurde übrigens schon im materiellrechtlichen Teil der Arbeit eingehend erörtert; von ihrer Beantwortung hängt ja das Problem ab, ob der isolierte Hauptakt überhaupt rechtswidrig ist oder ob er etwa die

10) Vgl. hierzu eingehend § 1 Abschnitt 3.1

11) Vgl. die einzelnen Nachweise bei § 5 Abschnitt 3.1

Drittrechte bereits nach Bedarf einschränkt. Als Ergebnis dieser früheren Untersuchungen wurde eine Privatrechtsgestaltung für den Normalfall verneint; ¹²⁾ auf diese Ausführungen kann zur Vermeidung von Wiederholungen verwiesen werden. Läßt also ein Verwaltungsbe-
fehl die privaten Rechtsbeziehungen des Adressaten zu einem Dritt-
berechtigten grundsätzlich unberührt, so folgt, daß eine Belastung
des Dritten hier mangels eines Eingriffs, einer wirklichen Verände-
rung des Rechts, nicht vorliegt.

1.3 Einwirkung auf grundrechtlich geschützten Interessenkreis

Wenn auch entgegen einer neuerdings vertretenen Auffassung aus
Art. 2 Abs. 1 GG kein genereller Interessenschutz gefolgert werden
darf, so könnte doch ein bloßes Interesse des Dritten infolge "Aus-
strahlung" eines Grundrechts im Einzelfall unter dessen Geltungs-
bereich fallen; ¹³⁾ damit könnte auch eine Beeinträchtigung zur Be-
lastung werden.

1.3.1 Bei der Beurteilung einer ähnlichen Rechtslage klingt dies
in der Rechtsprechung öfters an. In den dort entschiedenen Fällen
verlangte zwar die Behörde nichts rechtlich Unzulässiges; sie löste
aber durch Ge- oder Verbotsakte eine (dort rechtmäßige) Handlung
- meist eine Kündigung - des jeweiligen Adressaten aus, die die
private Interessenlage eines Dritten verschlechterte. Belastung
und damit auch Klagebefugnis wurden hier nur dann und letztlich
deshalb anerkannt, soweit gewerbliche Interessen auf dem Spiele
standen. Dies ist bereits in einem Urteil des ProVG ¹⁴⁾ angedeutet,
das dem Arbeitgeber ein Rechtsmittel gewährt, soweit ihm durch die
Ausweisung eines ausländischen Beschäftigten dessen "Arbeitskraft
entzogen" worden sei. Das BVerwG führt im sog. "Versicherungsauf-
sichtsfall" als maßgeblich an, die Klägerin (Bestattungsunternehmen)
könne ihren "Geschäftsbetrieb" in bestimmtem Umfang ohne die Mitwir-
kung von Lebensversicherungsunternehmen "nicht in der bisher geübten
Weise fortsetzen". ¹⁵⁾ Ausdrücklich auf den Gewerbebetrieb stellt

12) Vgl. § 5 Abschnitt 3.2; die in § 5 Abschnitt 4 erörterten Son-
derfälle werden im folgenden unter 1.5 behandelt.

13) Vgl. im einzelnen § 17 Abschnitt 3.2 bzw. 3.1.

14) ProVG in RVBl. 1931 (Band 52), S. 393; auch die Entscheidung
ProVGE 38, 447/451 räumt die Legitimation zur Klageerhebung
wohl letztlich im Hinblick auf die beeinträchtigte Gewerbeaus-
übung ein.

15) BVerwGE 3, 237/240.

auch der VGH Mannheim in einem ähnlichen Fall ab: Die Behörde habe durch VA gegenüber einem Dritten verhindern wollen, daß ein vom Kläger hergestelltes Erzeugnis überhaupt in den Verkehr gebracht würde. Das Gericht führt aus: "Damit wirkte die an D. gerichtete Verfügung unmittelbar gegen die gewerbliche Betätigung des Klägers"; 16) es bejaht deshalb die Klagebefugnis.

Diese Entscheidungen lassen sich nun nicht dadurch rechtfertigen, daß man private Beziehungen zwischen den Beteiligten ("Gegenrechte") als verletzte oder beeinträchtigte Rechte ansieht.¹⁷⁾ In den unterschiedenen Fällen waren solche Gegenrechte ja gerade nicht vorhanden. Der aus späteren Handlungen des Adressaten zu erwartende Nachteil für den Dritten griff nicht in vorhandene Rechtsstellungen, sondern nur in Interessen des Dritten ein; das anbefohlene Verhalten war privatrechtlich zulässig. Wurde in der Begründung auf die "Fortsetzung des Geschäftsbetriebs in der bisher geübten Weise", auf die "gewerbliche Betätigung" des Klägers abgestellt, so war dazu eine Aufwertung dieser bloßen gewerblichen Interessen zu klagefähigen Rechtspositionen erforderlich. Damit aber haben die Gerichte nichts anderes getan, als eine Ausstrahlung des Rechtes am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb auch auf bloße Interessen anerkannt. Sie haben gewisse, nicht rechtlich verfestigte Chancen, Aussichten, Interessensphären im gewerblichen Bereich als klagefähige Positionen anerkannt, d. h. nach heutiger Verfassungsrechtslage sie dem Schutz der Art. 12, 14 GG unterstellt.

1.3.2 In unserem Fall der - trotz des VA fortbestehenden - privaten Gegenrechte eines Dritten wird allerdings ein solcher Grundrechtsschutz nur äußerst selten möglich sein. Zunächst einmal ist zu beachten, daß die privaten Rechte grundsätzlich nicht etwa wegen Art. 14 GG einen Rechtsschutz auch im Interessenbereich genießen. Bei ihnen kann eine Belastung, erfolgt Eingriff erst durch den Adressaten, auch nicht über diese Norm konstruiert werden. Das Grundrecht kann hier nicht weiter als die privaten Rechte selbst reichen. Sind diese nicht unmittelbar beeinträchtigt, so können die zugrundeliegenden, zu Rechtsstellungen verdichteten Interessen niemals zusätzlichen Rechtsschutz gewähren. Sie sind weniger, nicht mehr an Substanz. Zusätzlicher Grundrechtsschutz ist nur da überhaupt denkbar,

16) VGH Mannheim, DVBl. 1959, 787.

17) Dies haben die Gerichte übrigens auch nicht versucht oder auch nur angedeutet.

wo ganz konkrete Interessen beeinträchtigt sind, die über die privaten Rechte des Dritten hinausgehen. Dies wird wiederum vor allem im Bereich gewerblicher Betätigung zu erwägen sein. Hier steht hinter (besser: neben) der Gesamtheit der privaten Rechte des Unternehmers ein "good-will", ein Firmenwert, ein Konglomerat von faktischen Vorteilen und Beziehungen. Auch der Eingriff in diese bloßen Interessen durch behördliche Ge- oder Verbotsakte an Geschäftspartner könnte das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb beeinträchtigen. Freilich muß man hier durchaus einen wichtigen Unterschied zwischen Fällen sehen, in denen sich der Dritte zivilrechtlich gegen behördlich veranlaßtes Verhalten des Adressaten nicht mit Erfolg wehren kann und unserer Sachlage, wo er hierzu rechtlich - wenn auch nicht immer tatsächlich - sehr wohl in der Lage ist.¹⁸⁾ Die gegenteilige Auffassung von Obermayer¹⁹⁾ überzeugt nicht. Ihr ist zwar zuzugeben, daß dogmatisch Unterschiede nur sehr schwer darzulegen sind; jedoch sollte nicht vergessen werden, daß es sich hier nicht um eine logische Erkenntnis, sondern um eine Wertung im Einzelfall handelt. Grundlage dieser Wertung muß die Prüfung sein, ob Rechtsschutzgewährung gegen die öffentliche Gewalt notwendig ist. Dafür aber ist es durchaus wesentlich, ob die Behörde ihren Willen endgültig durchsetzt oder nur vorübergehend, bis der Dritte gegen den Adressaten eine zivilrechtliche Entscheidung (z. B. einstweilige Verfügung) erwirkt.

Insgesamt wird man sagen können, daß die Einbeziehung von Interessen in den Schutz eines Grundrechts einer Verallgemeinerung nur beschränkt zugänglich ist. Selbst das Recht am Gewerbebetrieb wird man nur in ganz besonderen Ausnahmefällen als tangiert ansehen: Es muß sich um eine Maßnahme der Behörde handeln, die in den faktischen Auswirkungen einer Einschränkung der Berufsfreiheit (in Form der Ausübung oder der Wahl) gleichkommt; kann sich der Dritte allerdings gegen das behördlich veranlaßte Verhalten des Adressaten rechtlich und tatsächlich erfolgreich zur Wehr setzen, so sind diese Voraussetzungen grundsätzlich nicht erfüllt. In einem weiteren Fall läßt sich dagegen wohl generell eine unmittelbare Einwirkung annehmen, wenn nämlich die Behörde nur zum Schein gegen den

18) Auch BVerwGE 3, 237/240 stellt mitentscheidend darauf ab.

19) DÖV 1956, 538/539 im Zusammenhang mit der Erörterung des Art. 19 Abs. 4 GG.

einen vorgeht, in Wirklichkeit den anderen treffen will, von dem sie aber größeren Widerstand befürchtet oder gegen den ihr ein Vorgehen nicht möglich wäre. Hier, wo die Behörde "den Sack schlägt, um den Esel zu treffen", muß auch dem Nicht-Adressaten ein Klage-recht gewährt, muß sein Betroffensein bejaht werden. Soweit im Einzelfall kein anderes Grundrecht einschlägig ist, wird man Art. 2 Abs. 1 GG heranziehen.

1.3.3 Eine Belastung des Dritten über "Ausstrahlungen" von Grund-rechten kommt also hier nur in ganz besonders gelagerten Ausnahme-fällen in Frage. In der Regel ist das Grundrecht nicht betroffen, da sein Schutzbereich grundsätzlich Einwirkungen durch Privatper-sonen nicht umfaßt, mögen sie auch auf Veranlassung der öffentli-chen Gewalt geschehen.

1.4 Nichtbeachtung einer Norm mit Drittschutzfunktion

Es bleibt zu prüfen, ob nicht - analog z. B. der baurechtlichen Nachbarklage - sonstige öffentlichrechtliche Normen eine Beachtung von Interessen des Dritten gebieten. Die Nichtanwendung dieser Vor-schriften würde den Dritten in einem Gesetzesvollziehungsanspruch, also einer Rechtsstellung, unmittelbar beeinträchtigen. Im Geneh-migungsverfahren ist diese Konstruktion inzwischen allgemein aner-kannt. Es ist dort lediglich eine Frage der Auslegung im Einzelfall, ob eine Norm nicht ausschließlich im Interesse der Allgemeinheit be-steht. Zu prüfen bleibt, ob diese Konstruktion auch bei Verwaltungs-befehlen zu einem Betroffensein des Dritten führen kann.

1.4.1 Öffentlichrechtliche Normen mit Drittschutzfunktion lassen sich beim Erlaubnisverfahren ohne Schwierigkeiten finden. Die mate-riellen Voraussetzungen für die Erteilung der Genehmigung sind häu-fig in allen Einzelheiten gesetzlich festgelegt; diese Anforderungen lassen sich zum Teil als (auch) im Interesse bestimmter Dritter ge-stellt ansehen. Mag die Auslegung im Einzelfall nicht eben leicht sein, ob ausschließlich Schutz der Allgemeinheit oder auch einzel-ner gewollt ist, so sind doch beträchtliche Anhaltspunkte gegeben. Bei ge- und verbietenden Verwaltungsakten sind jedoch solche Normen kaum je ersichtlich. Die privaten Drittrechte könnten hier allen-falls durch Bestimmungen wie etwa Art. 13 Abs. 1 Satz 2 BayPAG geschützt sein bzw. allgemein durch Art. 20 Abs. 3 GG. Diesen

Vorschriften kann aber keine "Drittschutzfunktion" entnommen werden. Für Art. 20 Abs. 3 GG ergibt sich das bereits daraus, daß hier lediglich ein objektives Prinzip des Verwaltungshandelns festgelegt, nicht ein subjektiv-öffentliches Recht ²⁰⁾ begründet wird. Hierzu sind nicht Art. 20 GG und insbesondere der Rechtsstaatsgrundsatz maßgebend, sondern der Grundrechtsteil des Grundgesetzes. Auch Vorschriften wie Art. 13 Abs. 1 Satz 2 BayPAG als spezielle Ausprägungen dieses Prinzips bestehen ausschließlich im allgemeinen öffentlichen Interesse, allenfalls in dem des unmittelbaren Adressaten, nicht aber des privat berechtigten Dritten.

1.4.2 Daß nur in äußerst seltenen Fällen Normen mit Drittschutzfunktion die Ermächtigung für einen Verwaltungsbefehl einschränken können, mögen einige grundsätzliche Überlegungen zeigen. Für die materielle wie verfahrensmäßige Regelung von Geboten (und Verboten) stellt sich nämlich Gesetzgeber wie Behörde eine gegenüber Erlaubnissen wesentlich unterschiedliche Aufgabe:

Im Erlaubnisverfahren will der Bürger etwas tun. Die Behörde hat zu prüfen, ob dagegen öffentlichrechtliche Bedenken bestehen. Materielle Regelungen geben ihr eingehende Richtlinien, die in erster Linie dem Schutz der Allgemeinheit dienen. Daneben bezieht der Gesetzgeber häufig den Interessenausgleich zwischen Einzelpersonen mit ein; auch "nachbarschützende", "konkurrentenschützende" und ähnliche Normen hat dann die Behörde im Erlaubnisverfahren zu prüfen und zu beachten, ihre Entscheidungsfreiheit wird dadurch gemindert. Eine solche gesetzliche Regelung ist naheliegend und zweckmäßig: Diese Privatinteressen haben die gleiche Richtung wie die verfolgten öffentlichen Belange; sie sind oft nur deren Ausprägung im Einzelfall.

Anders im Gebotsverfahren: Die materiellen Voraussetzungen für den VA, den Eingriff, sind zwar spezialgesetzlich oder auf Grund allgemeinen Verwaltungsrechts auch hier eingehend festgelegt. Soweit sie die behördliche Befugnis einschränken, ²¹⁾ erfolgt dies aber in aller Regel gerade nicht - wie im Erlaubnisverfahren - im Allgemeininteresse, sondern in Berücksichtigung der Interessen des Adressaten.

20) A. A. wohl Obermayer in Meng-Maunz-Mayer-Obermayer, Staats- und Verwaltungsrecht, S. 238, wenn er von einem "verfassungsmäßigen subjektivöffentlichen Recht auf Gesetzmäßigkeit der Verwaltung (20 Abs. 3 GG)" spricht.

21) Nur daraus könnte und wollte ja der Dritte hier Rechte herleiten.

Die Einschränkung der behördlichen Ermächtigung wirkt sich hier ja nicht gegen ihn, sondern zu seinen Gunsten aus. Der Dritte steht in einer völlig anderen Situation als im Erlaubnisverfahren. Befand er sich dort auf seiten der Behörde, liefen seine Rechte und Interessen im wesentlichen parallel zu den materiellrechtlichen Beschränkungen des Adressaten, so ist er hier auf seiten des Adressaten, laufen seine Interessen im wesentlichen den öffentlichrechtlichen Anforderungen an diesen genau entgegengesetzt. Der Gesetzgeber hat hier keinen Anlaß, kraft "Sachzusammenhangs" mit Interessen der Allgemeinheit zugleich auch Interessen einzelner mit Normcharakter auszustatten und als Eingriffsvoraussetzungen festzulegen. Er müßte dazu die eigene Richtung, die Tendenz zur Herstellung polizeigmäßer Zustände, gerade umkehren und einzelne Ausnahmebestimmungen treffen, nach denen zugunsten Dritter auf Durchsetzung des Allgemeininteresses verzichtet wird. Nicht ein Interessenausgleich zwischen Adressat und Drittem würde - wie beim Erlaubnisverfahren - "nebenbei" miteinbezogen, sondern derjenige zwischen Behörde und Drittem überhaupt erst eingehend geregelt. Dieser Aufgabe hat sich der Gesetzgeber jedenfalls auf den Gebieten des Polizei- und Ordnungsrechtes nicht unterzogen; Gegeninteressen Dritter wurden nicht zu Rechtspositionen erhoben. Wenn es auch durchaus möglich wäre, etwa eine Beachtung von Interessen der Mieter bei Abbruchverfügungen gesetzlich vorzuschreiben, so wurde eine solche oder ähnliche Regelung bisher, soweit ersichtlich, nicht getroffen.

1.4.3 Aus der Mißachtung von öffentlichrechtlichen Normen mit Drittschutzfunktion kann daher hier ein Betroffensein des Dritten mangels Vorliegens solcher Normen, d. h. auch von subjektiven Rechten, nicht hergeleitet werden.

1.5 Sonderfälle

Schließlich bleiben die bereits in § 5 Abschnitt 4 aufgeführten drei Sonderfälle zu erörtern, in denen unter Umständen eine Belastung auch des Dritten denkbar wäre: Die privaten Drittrechte treten hier zurück; sie stehen einem VA, der vom Adressaten einen "Verstoß" gegen sie verlangt, nicht mehr entgegen.

Einmal ist eine besondere gesetzliche Regelung durchaus zulässig, wenn auch selten, die dem privat berechtigten Dritten ausdrücklich

mit Erlaß des VA gegen den Adressaten eine Duldungspflicht auferlegt bzw. die private Rechtslage sonst zu seinen Ungunsten umgestaltet.²²⁾ Beispiele hierfür sind die Bestimmungen der §§ 11 Satz 2, 12 Satz 1, 13 Abs. 5 Satz 1 des Bundesleistungsgesetzes (BLG). Eine Belastung des Dritten läßt sich hier nicht bezweifeln. Wird der VA auch allein an den Adressaten, den nach § 9 BLG "Leistungspflichtigen" gerichtet, so ändert er doch unmittelbar auch die Rechte des Dritten, er wirkt privatrechtsgestaltend.²³⁾ Auch hier kann die Parallele zum Genehmigungsverfahren ohne weiteres gezogen werden:^{22a)} Solche Bestimmungen entsprechen Vorschriften wie § 26 GewO oder § 11 Abs. 1 WHG. Genau wie dort die Genehmigung bzw. Bewilligung, ergeht hier das Gebot oder Verbot nicht "unbeschadet der privaten Rechte des Dritten", sondern verändert diese Rechte, greift in sie unmittelbar ein. Ein Leistungsgebot oder -verbot in diesen Fällen ist also ein echter VA mit Doppelbelastung. Hierbei kann es sich um einen direkten Eingriff in absolute Rechte oder um einen indirekten Eingriff in schuldrechtliche Rechtsbeziehungen²⁴⁾ handeln; stets sind sowohl der Adressat als auch der Dritte belastet.

Stellt ein Vertrag zwischen Adressat und Drittem auf das Ergehen eines VA ab und treten infolgedessen "Änderungen" der Rechtsbeziehungen mit seinem tatsächlichen Erlaß ein, so beruht diese Umgestaltung nicht auf dem VA, sondern ausschließlich auf der vertraglichen Vereinbarung.²⁵⁾ Ein Drittrecht bestand hier von vornherein nur "unter Vorbehalt". Die Beschränkung tritt nicht erst durch den VA ein; sie wird mit seinem Erlaß lediglich tatsächlich wirksam, wird aktualisiert. Die Einwirkung des VA auf das Drittrecht ist damit allenfalls mittelbar; sie beruht nicht auf behördlichem Handeln, sondern auf Parteivereinbarung.²⁶⁾ Betroffensein und damit Klagebefugnis des Dritten können hier ebensowenig bejaht werden wie etwa in folgendem Fall: A und sein Mieter B vereinbaren, daß B im

22) Vgl. näher § 5 Abschnitt 4.1. 22a) Vgl. jetzt § 14 BImSchG

23) Das erkennt übrigens auch der Gesetzgeber an, wenn er neben der obligatorischen Zustellung des Leistungsbescheids an den eigentlichen Leistungspflichtigen (§ 37 Abs. 1, § 9 BLG) durch Sollvorschrift in § 37 Abs. 5 BLG eine Zustellung auch an "alle sonstigen Betroffenen" statuiert.

24) Für den ersten Fall: § 13 Abs. 5 Satz 1, 1. Alternative, § 12 Satz 1 BLG; für den zweiten Fall: § 11 Satz 2, § 13 Abs. 5 Satz 1, 2. Alternative und ebenfalls § 12 Satz 1 BLG.

25) Vgl. näher § 5 Abschnitt 4.3.

26) So auch das BVerwG. VerwRSpr. 20, 217/219, für den Fall der behördlichen Genehmigung einer Prämienhöhung durch die Versicherung.

Innenverhältnis gemeindliche Erschließungsbeiträge übernehmen muß. Gegen einen an A gerichteten Abgabenbescheid kann nun keinesfalls B etwa deswegen Klage erheben, weil er letztlich die Kosten trägt. Man würde andernfalls die Prozeßvoraussetzung der Klagebefugnis völlig der Parteiherrschaft überlassen. Eine strikte öffentlich-rechtliche Einschränkung des Klagerechts wäre hinfällig, die Popularklage in weitem Umfang zulässig.

Nicht wesentlich anders verhält es sich bei § 35 GewO oder der Untersagung einer Theateraufführung usw. Auch hier verlangt der VA nichts Unzulässiges; das an sich bestehende private Gegenrecht (der Anspruch des Geschäftspartners auf Belieferung, der des Abonnenten auf Stattfinden der Vorstellung) ist mit Erlaß des Bescheides hinfällig. Dies beruht dann aber nicht auf einer Gestaltungswirkung des VA, sondern ergibt sich schon aus dem Gesetz allein.²⁷⁾ Literatur und Rechtsprechung haben bisher ebenfalls keinen Anlaß gesehen, in solchen und ähnlichen Fällen auch Dritte, z. B. Kunden oder Angestellte als "belastet" anzusehen.²⁸⁾ Dies rechtfertigt sich neben sonst entstehenden unlösbaren praktischen Schwierigkeiten²⁹⁾ auch aus dogmatischen Erwägungen. Wie im vorherigen Fall durch Parteivereinbarung, so ist hier kraft Gesetzes die Rechtsstellung des Dritten eingeschränkt, bevor überhaupt ein VA ergeht. Derartige private Rechte stellt beispielsweise § 35 GewO unter den ständigen Vorbehalt einer gewerberechtlichen Zulassung des Vertragspartners. Im Gegensatz zur "speziellen Duldungspflicht" z. B. der §§ 11 ff. BLG besteht hier eine "allgemeine Duldungspflicht". Nicht der VA, sondern schon das Gesetz wirkt auf die Rechtsbeziehung ein; jener macht diese Beschränkung lediglich nach außen hin sichtbar.

2. Belastung der Beteiligten durch sonstige Verwaltungsakte (Ergänzungsakt, Vollstreckung)

2.1 Ergänzungsakt

Daß der privat berechtigte D r i t t e durch eine gegen ihn gerichtete Anordnung, den Ergänzungsakt, b e l a s t e t wird,

27) Vgl. näher § 5 Abschnitt 4.2.

28) Vgl. etwa Obermayer, DÖV 1956, 538/539, nach dem im Fall des § 35 GewO "niemand daran denken" wird, hier Dritten die Klagemöglichkeit einzuräumen; genau die gleiche Formulierung gebraucht auch Martens, VerwArch. 1969, 197/205.

29) Man denke nur an Probleme der Zustellung, der notwendigen Beiladung, der formellen und materiellen Rechtskraft!

ist selbstverständlich. Hier wird von ihm selbst ein Handeln bzw. Unterlassen (insbes. in Form der Duldung) gefordert, ihm wird eine Vernünftigung auferlegt, in seine Handlungsfreiheit ist unmittelbar eingegriffen. Neben dem eigentlichen Verwaltungsbefehl enthält der Ergänzungsakt, wie in § 7 Abschnitt 1.3 näher ausgeführt, die Ersetzung der privatrechtlichen Zustimmung zum vom Adressaten verlangten Verhalten. Auch insoweit ist der Dritte in seinen Rechten beeinträchtigt. Sein privates Gegenrecht wird ausgeschaltet, soweit es den Umständen nach nötig ist. Er erleidet einen Verlust in seiner privaten Rechtsstellung, der als Belastung anerkannt werden muß.

Nicht betroffen vom Ergänzungsakt dagegen ist der Adressat des Hauptakts. Er ist nicht allein dadurch belastet, daß nun der Hauptakt rechtmäßig wird. Der Schritt von der Beeinträchtigung zur Belastung liegt auf anderer Ebene als die Frage der Rechtmäßigkeit. Zudem hat niemand ein "Recht auf Rechtswidrigkeit" von gegen ihn gerichteten Maßnahmen. Auch eine "indirekte" Belastung durch Verlust eines etwaigen zivilrechtlichen Anspruchs (z. B. auf Mietzahlung) gegen den Dritten kann nicht anerkannt werden: Dieser Rechtsverlust wird dem Adressaten nämlich bereits durch den Hauptakt auferlegt. Schon dort ist ihm Eingriff in das Drittrecht, damit auch Verzicht auf die sonst vorhandenen Vorteile, anbefohlen. Durch Anordnung - nicht durch Sanktionierung - dieses ersten Eingriffs wird er belastet, also durch den Haupt-, nicht durch den Ergänzungsakt. Andererseits liegt auch keine Begünstigung³⁰⁾ im Rechtssinne vor. Zwar tritt durch den Ergänzungsakt ein realer Machtzuwachs ein, der (von der Behörde geforderte) Eingriff in die Sphäre des Dritten war bisher unzulässig, jetzt ist er rechtmäßig. Dies ist aber ein bloßer Rechtsreflex, keine echte Rechtsstellung für den Adressaten. Die Ausschaltung der Drittrechte erfolgt allein im öffentlichen Interesse und im Umfang begrenzt auf die öffentlichen Belange. Die zwangsläufig entstehende Befugnisserweiterung des Adressaten ist streng zweckgebunden; sie ist nicht das Ziel, sondern nur das notwendige Zwischenergebnis des Ergänzungsakts.

Ergehen demnach gegen beide Beteiligte Anordnungen, so wird grundsätzlich jeder stets und nur durch den unmittelbar an ihn gerichteten Befehl belastet. Dabei ist ohne Belang, ob die Verwaltungsakte inhaltsgleich sind oder Verschiedenes verlangen.

30) Diese Frage soll wegen des Zusammenhangs bereits an dieser Stelle geklärt werden.

2.2 Vollstreckungsakte

Zur Frage, ob der privat berechtigte Dritte durch Vollstreckungsakte betroffen wird, haben sich Gerichte einige Male geäußert. In der Regel standen dabei unmittelbare polizeiliche Vollzugsmaßnahmen, d. h. Ersatzvornahme oder unmittelbarer Zwang, zur Debatte. Das ProVG ³¹⁾ bejaht in solchen Fällen das Klagerecht auch desjenigen, gegen den vorher eine Anordnung nicht erging, da "in sein Rechtsgebiet zwangsläufig eingegriffen" werde. Diese Auffassung wird geteilt und dogmatisch näher begründet vom OVG Hamburg: ³²⁾ Einen Adressaten habe die polizeiliche Sofortmaßnahme in der Regel nicht; sie wende sich nach einem zutreffenden Ausdruck von Otto Mayer "nicht erst an den Willen des Betroffenen und von dort zurückprallend auf ein eigenes Vorgehen der Behörde, sondern von vornherein unmittelbar und unentrinnbar auf solch eigenes Vorgehen, auf den Zwang". Eine weitere Entscheidung des ProVG ³³⁾ räumt einem Miteigentümer das Klagerecht bei einer "polizeilichen Vollstreckungsmaßregel" gegen in Miteigentum stehende Gegenstände ein, selbst wenn nur gegen einen anderen der Genossen eine Anordnung vorausgegangen war. Anders sei es freilich, wenn von diesem jetzt nur "ein Kostenvorschuß erhoben oder gegen ihn eine Zwangsstrafe verhängt" werde. Dieser Ansatzpunkt für eine Differenzierung erscheint für alle Fälle privater Gegenrechte Dritter zutreffend: Man sollte hier generell zwischen Vollstreckungsakten unterscheiden, die lediglich auf den Willen ihres jeweiligen Adressaten einwirken (Zwangsgeld, Beugehaft und Androhung aller Arten von Zwangsmitteln), und solchen, die den Vollzug der Anordnung durch die Behörde selbst enthalten (Ersatzvornahme und unmittelbarer Zwang gegen Sachen oder Personen).

Im ersten Fall ist grundsätzlich nur jeweils derjenige belastet, auf dessen Willen eingewirkt wird, d. h. bei Vollstreckung des Hauptakts dessen Adressat, bei Vollstreckung des Ergänzungsakts der Dritte. Nur jeweils von ihm wird etwas verlangt, in die Rechte des anderen wird nicht eingegriffen. Es gelten hier die Ausführungen in Abschnitt 1 entsprechend, insbesondere greifen Zwangsgeldandrohung und -einzahlung gegenüber dem Adressaten weder in private Rechte des Dritten noch in dessen öffentlichrechtliche Positionen ein. Dies gilt ohne Rücksicht darauf, ob dem Dritten gegenüber ein

31) ProVGE 5, 408/412

32) DVBl. 1957, 867/868

33) ProVGE 69, 401

Ergänzungsakt erging. Private Rechte des Dritten werden durch die Zwangsgeldandrohung bzw. -einziehung gegenüber dem Adressaten nicht umgestaltet. Auch in das Eigentum, den Besitz des Dritten wird nicht durch die Vollstreckungsmaßnahme, sondern erst durch etwaiges späteres Handeln des Adressaten eingegriffen. Der durch Zwangsgeld auf diesen ausgeübte Druck ist auch nicht so stark, daß die Eigenverantwortlichkeit seines Handelns ausgeschlossen würde. Der Adressat hat immer noch die Wahl, wie er sich verhalten will; es ist lediglich der in der Anordnung enthaltene Befehl etwas nachdrücklicher wiederholt.

Anders freilich dürfte es bei unmittelbarem Zwang gegen die Person des Adressaten sein. Soweit dieser hierdurch zu einem Eingriff in Rechte des Dritten gezwungen wird, sollte man seine Handlungen bzw. Unterlassungen der Behörde selbst zurechnen. Hier handelt der Adressat in der Tat nur noch als verlängerter Arm der Verwaltung, greift ohne eigenen Willen in die Rechte des Dritten ein. Durch unmittelbaren Zwang gegenüber dem Adressaten wird hier also auch der privat berechnete Dritte belastet. Noch klarer ist die Beurteilung bei Ersatzvornahme und unmittelbarem Zwang gegen Sachen: Hier wird von vornherein nicht auf Personen, sondern unmittelbar auf Sachen eingewirkt. Ist der Dritte an ihnen berechnete (etwa als Eigentümer oder Besitzer), so wirkt die Behörde unmittelbar auch auf seine Rechte ein, er ist belastet. Wurde ein Ergänzungsakt gegen ihn vorher nicht erlassen, oder ist er nicht vollstreckbar, so liegt diese Belastung ohne weiteres auf der Hand.³⁴⁾ Erging dieser VA zunächst und ist er vollstreckbar, so bringt sein zwangsweiser Vollzug eine erneute Rechtsbeeinträchtigung.

3. Belastung bei Gemeinschaften

3.1 Isolierter Verwaltungsakt gegenüber einem Gemeinschaftler

Ergeht ein Verwaltungsbefehl gegenüber nur einem einzigen Miteigentümer, Gesellschafter usw., so ist dieser ohne Zweifel rechtlich betroffen. Besonderer Wert ist auf die genaue Erfassung des Rechts zu legen, in dem er eigentlich beeinträchtigt wird: Dies ist nicht das einheitliche Gesamtrecht (z. B. Eigentum, Besitz, Anspruch aus Mietvertrag oder Ähnliches), das nur allen Gemeinschaftlern zusammen

34) Ob man sie im Realakt selbst sieht oder in einem nunmehr inzident ausgesprochenen Duldungsbefehl, mag hier dahinstehen.

zusteht. Nicht gegen das Eigentum, gegen den gemeinschaftlichen Gegenstand, ergeht ein VA, sondern nur gegenüber bestimmten Personen, hier eben allein gegen den einzigen Adressaten. Da unmittelbar von ihm ein bestimmtes Verhalten verlangt wird, ist er zunächst einmal im allgemeinen Freiheitsrecht des Art. 2 Abs. 1 GG betroffen. Dieses Recht steht aber jedem Gesellschafter oder Gemeinschaftler gesondert zu, nicht nur allen "zur gesamten Hand" oder zu Bruchteilen. Soweit man, wird etwa Abbruch eines Gebäudes verlangt, Art. 14 GG als Spezialregelung heranzuziehen hat, gilt nichts anderes.³⁵⁾ Die Behörde greift bei Vorgehen gegen nur einen einzigen Gemeinschaftler nicht in die Gesamthands- oder sonstige gemeinsame Berechtigung ein, sondern allein in den "Anteil" eben dieses Gemeinschaftlers. Zwar ist dieser Anteil am Gegenstand in aller Regel kein verfügbares Sonderrecht (vgl. etwa §§ 719 Abs. 1, 2040 Abs. 1 BGB), das hindert aber nicht, ihn als Eigentum im Sinne des Art. 14 GG anzusehen, als eine aus privaten Rechten fließende Rechtsstellung, die dem Schutz dieses Grundrechts untersteht. Wollte man dies nicht, so hätte man in jedem Falle auf das subsidiäre Grundrecht des Art. 2 Abs. 1 GG zurückzugreifen, das wie gesagt jedem gesondert zusteht.

Was gilt nun für den oder die anderen, nicht unmittelbar angesprochenen Gemeinschaftler? Ergeht ein Verwaltungsbefehl nur gegenüber einem einzigen Miteigentümer, so sollen nach Auffassung des ProVG³⁶⁾ auch die anderen unmittelbar rechtlich betroffen, daher anfechtungsberechtigt sein. Davon geht offenbar, freilich ohne Begründung, auch das OVG Berlin³⁷⁾ aus. Dagegen führt das BVerwG³⁸⁾ beiläufig aus: "Die im Streit befangene Abbruchverfügung ist nur gegen den Kläger ergangen. Eine Klage der durch diese Abbruchverfügung nicht unmittelbar beschwerten Ehefrau hätte ... nach § 42 Abs. 2 VwGO als unzulässig abgewiesen werden müssen." Dieser Auffassung des BVerwG

35) Ebenso ist es auch für Art. 12 GG, wird gemäß § 35 GewO einem Gesellschafter die Mitwirkung am gemeinsam betriebenen Gewerbe untersagt: Das BVerwG hat in der Entscheidung GewArch. 65, S. 34/35 für diesen Fall eine notwendige Beiladung des anderen mit der Begründung abgelehnt, nicht der Betrieb als solcher sei untersagt, sondern nur die persönliche Betätigung des einzelnen.

36) a.a.O., S. 401; die Begründung ist allerdings in der Formulierung weniger eindeutig als der Leitsatz der Entscheidung.

37) Amtl. Sammlung (AS) Bd. 6, S. 113.

38) In einem - leider unveröffentlichten - Beschluß vom 18. 5. 1967, IV C B 93.66, der im gleichen Verfahren wie das in DVBl. 1966, 792 veröffentlichte Urteil erging. Die Ehefrau des Klägers war hier zugleich Miteigentümerin.

ist zuzustimmen, und zwar für alle Arten von Gemeinschaften. In § 4 wurde dargelegt, daß der Verwaltungsbefehl gegenüber dem einzelnen Mitglied einer Gemeinschaft materiellrechtlich genauso zu behandeln ist, wie etwa ein VA, der das Verhältnis Mieter-Vermieter unberücksichtigt läßt. Nicht anders ist es auch für die Frage, ob gegenüber dem Dritten, d. h. hier dem nicht direkt beteiligten Mitgesellschafter etc., eine Belastung vorliegt. Der VA erlegt allein dem Adressaten eine Rechtspflicht auf. In das Eigentum oder ein sonstiges Recht des Dritten wird auch hier nicht unmittelbar eingegriffen. Das gilt ohne Rücksicht darauf, ob der Verwaltungsbefehl mit etwaigen internen Verfügungs- oder Verwaltungsbeschränkungen kollidiert. Weder ist das gemeinsame Recht als solches bereits tangiert, noch - mangels Duldungspflicht - das "Gegenrecht" der Genossen gegenüber dem Adressaten aus der Verfügungsbeschränkung. Auch reicht die Grundrechtssphäre der anderen grundsätzlich nicht weiter als ihr privates Recht. Schließlich obliegt der Behörde auch keine Verpflichtung mit Drittschutzfunktion, die bloßen Interessen der anderen zu berücksichtigen.

3.2 Einzelanordnungen gegen mehrere oder jeden Gemeinschafter

Ergehen inhaltsgleiche, gesonderte Verwaltungsakte gegen mehrere oder alle Gemeinschafter, so ist jeder von diesen nur durch den unmittelbar an ihn gerichteten VA belastet. Besonderheiten gegenüber sonstigen Fällen privater Gegenrechte Dritter bestehen nicht. Auch hier ist allein der jeweilige "Anteil" (Art. 14 GG) bzw. das aus Art. 2 Abs. 1 GG fließende allgemeine Freiheitsrecht des einzelnen Gemeinschafters beeinträchtigt, und zwar gerade und nur durch den an diesen selbst gerichteten VA. Jeder Gemeinschafter ist in diesem Einzelrecht, nicht aber sind alle im gemeinsamen Recht betroffen. Wird ein Teil der Gemeinschafter mit Duldungsanordnungen belegt, so zeigt sich die Richtigkeit dieser Auffassung besonders deutlich: Hier kann keinesfalls etwa das Gesamthandseigentum als solches angegriffen sein; es ist lediglich die Befugnis der Angesprochenen eingeschränkt, sich gegen Handlungen der Mitgemeinschafter zur Wehr zu setzen. Diese Befugnis aber kann denknöwendig nicht allen zusammen, sondern kann nur jedem einzeln zustehen; es handelt sich - in gesellschaftsrechtlicher Formulierung - um einen Individual-, nicht um einen Sozialanspruch.

3.3 Verwaltungsakt gegen die Gemeinschaft als solche

Fehlt eine spezielle Regelung der Pflichtfähigkeit der Gemeinschaft, so ist ein derartiges Vorgehen, wie in § 4 Abschnitt 2.2/^{dargelegt} nicht möglich, ein dennoch erlassener VA dieses Inhalts also fehlerhaft. Sofern nicht Auslegung oder Umdeutung zur Annahme einzelner Akte gegenüber den Gemeinschaftern führen kann, wäre der VA rechtswidrig. Das beantwortet freilich noch nicht die Frage, wen dieser VA belastet. Zunächst einmal wird man davon ausgehen müssen, daß hier die Gemeinschaft als solche angesprochen, damit auch in ihren Rechten betroffen ist. Wendet sich die Behörde an den Falschen, an einen untauglichen Adressaten, so muß dieser den Fehler durch geeignete Rechtsbehelfe korrigieren können. Läßt man hier, was wohl erforderlich ist, Widerspruch und Anfechtungsklage der Gemeinschaft zu, so geht man neben ihrer partiellen Parteifähigkeit auch von ihrer Belastung aus. Freilich werden ihre Einwendungen darauf beschränkt werden müssen, sie sei kein tauglicher Adressat, eine darüber hinausgehende Überprüfung der materiellen Richtigkeit des VA sollte der Gemeinschaft nicht zugestanden werden.

Zusätzlich muß auch eine Belastung jedes einzelnen Gemeinschafters in einem Individualrecht aus Art. 2 Abs. 1 oder 14 GG bejaht werden. Die durch VA verfügte - angebliche - Verpflichtung der Gemeinschaft greift praktisch auf ihn durch, beeinträchtigt damit auch ihn in seiner Rechtssphäre. Andernfalls käme man zu folgendem widersinnigen Ergebnis: Einigen sich nicht alle Gemeinschaftler auf ein Vorgehen gegen den VA bzw. lehnt dies der Vertretungsberechtigte ab, so würde der VA bestandskräftig. Ohne daß der einzelne irgendeine Möglichkeit des Rechtsschutzes hätte, müßte er im Ergebnis unter Umständen erhebliche Nachteile erleiden. Praktisch würde so die Behörde durch rechtswidriges Handeln bedeutende verfahrensrechtliche Vorteile erreichen: Der VA würde bestandskräftig, wenn sich nicht alle Beteiligten auf eine Anfechtung einigen könnten. Werden dagegen richtigerweise einzelne Verwaltungsakte erlassen, so kann jeder Gemeinschaftler gesondert gegen den ihn betreffenden vorgehen.

3.4 Vollstreckungsakte

Es gelten gegenüber anderen privaten Drittrechten keine Besonderheiten: ³⁹⁾ Bei Zwangsgeld, Beugehaft oder Androhung aller Arten von Zwangsmitteln ist nur derjenige Gemeinschafter betroffen, auf dessen Willen durch die Vollstreckungsmaßnahme eingewirkt wird, also deren eigentlicher Adressat. Anders ist es bei Ersatzvornahme und bei Maßnahmen des unmittelbaren Zwangs - gegen eine Person zum Eingriff in Rechte der anderen oder gegen eine Sache, an der alle berechtigt sind; hier wird jeder einzelne Gemeinschafter belastet. Auch in all diesen Fällen ist wiederum davon auszugehen, daß der jeweils Betroffene in einem Individualrecht beeinträchtigt ist. Bei Ersatzvornahme und unmittelbarem Zwang mögen allenfalls daneben alle Genossen in einem gemeinsamen Recht betroffen werden.

39) Vgl. Abschnitt 2.2 und insbesondere die genannte Entscheidung PrOVGE 69, 401.

B) Private Gegenrechte Dritter und Beteiligung im verwaltungs-
gerichtlichen Verfahren

Wurde in Abschnitt A) die "Belastung" allgemein und für den besonderen Fall der privaten Gegenrechte Dritter dargestellt, so gilt es nun, die gewonnenen Erkenntnisse auf verschiedene konkrete Verfahrenssituationen anzuwenden. Begonnen werden soll dabei mit der Klärung des entstehenden Dreiecksverhältnisses Behörde - Adressat - Dritter im Verwaltungsprozeß.

./.

§ 19 Klagebefugnis, Prozeßführungsbefugnis und Rechtsschutz-
interesse

1. Klagebefugnis, Prozeßführungsbefugnis, Rechtsschutzinteresse
im Verwaltungsprozeß

1.1 Wesen der drei Rechtsinstitute

1.2 Theorien zum dogmatischen Verhältnis der drei Rechts-
institute zueinander

1.3 Eigene Auffassung

2. Das Rechtsschutzinteresse (RSI) bei privaten Drittrechten

2.1 Klagen gegen den Hauptakt

2.2 Klagen gegen den Ergänzungsakt

3. Die Klagebefugnis (KB) bei privaten Drittrechten

3.1 Klagen gegen den Hauptakt - Allgemein

3.2 Klagen gegen den Hauptakt - Sonderfälle

3.3 Klagen gegen den Ergänzungsakt

3.4 Gemeinschaften

4. Die Prozeßführungsbefugnis (PFB) bei privaten Drittrechten

4.1 Problemstellung und Literatur

4.2 Eigene Auffassung

1. Klagebefugnis, Prozeßführungsbefugnis, Rechtsschutzbedürfnis im Verwaltungsprozeß

All die genannten Rechtsinstitute können bei bestehenden privaten Gegenrechten Dritter Anlaß zu Zweifeln geben. Eine gründliche Erörterung setzt zunächst Klarheit über den Inhalt der Begriffe und ihr Verhältnis zueinander voraus.

1.1 Wesen der drei Rechtsinstitute

Durch § 42 Abs. 2 VwGO ist bei Anfechtungs- und Verpflichtungsklagen eine besondere Sachurteilsvoraussetzung statuiert. Die Bezeichnung " K l a g e b e f u g n i s " für dieses Rechtsinstitut hat sich weitgehend durchgesetzt, sie soll auch im folgenden verwendet werden. Zweck der Vorschrift ist nach ganz h. M. ¹⁾ die Ausschaltung der Popularklage. Es soll subjektiver Rechtsschutz für den Betroffenen, nicht allgemeine Rechtskontrolle der Verwaltung durch jedermann gewährleistet sein. Nur der, den der ergangene oder beantragte VA wirklich "angeht", soll auf Aufhebung bzw. Erlaß klagen können. Durch § 42 Abs. 2 VwGO wird deshalb schon für die Zulässigkeit der Klage eine besondere Beziehung des Klägers zum streitigen VA verlangt. Nur wer "geltend macht", durch den VA oder seine Unterlassung "in seinen Rechten verletzt zu sein", hat Anspruch auf Entscheidung des Gerichts zur Sache.

Aus dem Zivilprozeß ist eine zwar nicht gesetzlich festgelegte, jedoch von Rechtsprechung und Rechtslehre entwickelte und inzwischen allgemein anerkannte Sachurteilsvoraussetzung mit zum Teil ähnlicher Funktion bekannt, die sogenannte P r o z e ß f ü h r u n g s b e f u g n i s . Sie soll die Frage beantworten, wer die richtige Partei ist, soll vermeiden, daß der Kläger fremde Rechte geltend macht, ist das Recht, einen bestimmten Prozeß im eigenen Namen zu führen, mit der Wirkung, daß zur Sache entschieden werden muß. ²⁾

Auch eine dritte Prozeßvoraussetzung, das sog. " R e c h t s s c h u t z b e d ü r f n i s " , auch Rechtsschutzinteresse

1) Anstatt vieler: Rupp, AöR 85, 302/309; Stern, Sachlegitimation, S. 231 m.w.N.

2) Formulierungen nach: Lüke, AöR 84, 185/197 im Anschluß an Rosenberg; Rupp, a.a.O., S. 308; Stern, a.a.O., S. 229, 230.

genannt, ist in den Prozeßgesetzen nicht ausdrücklich normiert. Sie entscheidet über die Frage, ob ein Bedürfnis des Klägers für gerichtlichen Rechtsschutz überhaupt und gerade für die gewählte Form des Vorgehens gegeben ist. Auch hier bestehen zum Teil enge Beziehungen zu Klagebefugnis und Prozeßführungsbefugnis.

1.2 Theorien zum dogmatischen Verhältnis der drei Rechtsinstitute zueinander

Im Rahmen der verwaltungsgerichtlichen Anfechtungs- und Verpflichtungsklage ist streitig geworden, ob neben der in § 42 Abs. 2 VwGO gesetzlich geregelten Klagebefugnis die Rechtsinstitute der Prozeßführungsbefugnis und des Rechtsschutzbedürfnisses noch eigene Geltung besitzen, wenn ja, wie sich diese drei Sachurteilsvoraussetzungen im einzelnen zueinander verhalten. Im wesentlichen werden folgende Auffassungen vertreten:

Ein Teil der Literatur sieht die Klagebefugnis des § 42 Abs. 2 VwGO in engem Zusammenhang mit dem Rechtsschutzbedürfnis. So spricht Hoffmann ³⁾ von der "Rechtsschutzbehauptung nach § 42 Abs. 2 VwGO", die eine besondere Form des Rechtsschutzbedürfnisses darstelle. Er unterscheidet zwar zwischen dem "allgemeinen ungeschriebenen" und dem "besonderen Rechtsschutzbedürfnis nach § 42 Abs. 2 VwGO" und verlangt bei Anfechtungsklage insoweit zunächst doppelte Prüfung. ⁴⁾ Soweit dieses allgemeine Rechtsschutzbedürfnis von subjektiven Momenten beeinflusst werden könne, will er es jedoch bereits unter den Begriff des "Geltendmachens" i.S. § 42 Abs. 2 VwGO subsumieren. ⁵⁾ Dem schließt sich das OVG Münster ⁶⁾ an, derselben Meinung ist Menger. ⁷⁾ Dieser weist insbesondere im Anschluß an Hoffmann darauf hin, die Regelung des § 42 Abs. 2 VwGO enthalte auch eine subjektive Komponente: Es müsse der Wille des Klägers vorliegen, gerade seinen Rechten Geltung zu verschaffen. Dann aber bestehe im Anfechtungsprozeß kein Grund mehr, ein "allgemeines" Rechtsschutzinteresse neben dem in § 42 Abs. 2 VwGO normierten zu verlangen. Diese Vorschrift

3) VerwArch. 53, 297/314, 315 und dort Fußnote 78.

4) a.a.O., S. 304 und 305

5) a.a.O., S. 320 und 321; hiermit sollen v.a. querulatorische Klagen erfaßt werden.

6) DVBl. 1964, 41

7) VerwArch. 55, 185/186

stelle dann schon eine abschließende Regelung des Rechtsschutzbedürfnisses für Anfechtungsklagen dar. Während das BVerwG ⁸⁾ dahingestellt läßt, ob § 42 Abs. 2 VwGO eine "selbständige Zulässigkeitsvoraussetzung oder nur ein besonders geregelter Fall des Rechtsschutzinteresses" sei, sieht das BVerfG ⁹⁾ in der entsprechenden Vorschrift des § 90 Abs. 1 BVVG offenbar eine derartige Sonderregelung.

Wohl überwiegend wird jedoch eine andere Meinung vertreten, die Klagebefugnis wird als besonders geregelte Prozeßführungsbefugnis oder zumindest als eng mit ihr verwandt betrachtet. So weist Baring ¹⁰⁾ ausdrücklich darauf hin, daß Beschränkung auf die Geltendmachung eigener Rechte die selbständige Prozeßvoraussetzung des Rechtsschutzbedürfnisses nicht entbehrlich mache. Auch nach Ule ¹¹⁾ kann durchaus trotz Vorliegens der Voraussetzungen des § 42 Abs. 2 VwGO das Rechtsschutzbedürfnis fehlen. Lücke ¹²⁾ bezeichnet die Klagebefugnis als "nichts anderes als die Prozeßführungsbefugnis in Anfechtungssachen". Anders als im Zivilprozeß tauche hier die Frage nicht nur "gewissermaßen unter negativem Aspekt auf, nämlich dann, wenn das Prozeßführungsrecht von der Rechtsinhaberschaft getrennt sei". Auch Stern ¹³⁾ hält die Klagebefugnis für ein "speziell dem Verwaltungsprozeß zugehöriges Prozeßführungsrecht". Die Notwendigkeit des Instituts der Prozeßführungsbefugnis ergebe sich im Zivilprozeß aus der Geltung nicht des materiellen, sondern des formellen Parteibegriffs. Ohne diese Sachurteilsvoraussetzung könne sonst ein Unbeteiligter mit oder ohne Willen des eigentlichen Rechtsinhabers vorgehoben werden. Dies sei genau die Funktion der Vermeidung einer Popularklage, die auch § 42 Abs. 2 VwGO zukomme. Stern hält darüber den Anwendungsbereich allgemeiner Grundsätze über die Prozeßführungsbefugnis im Verwaltungsprozeß für "außerordentlich gering"; es kämen hier im wesentlichen nur Fragen der gewillkürten Prozeßstandschaft in Betracht. Nicht eindeutig äußert er sich allerdings dazu, ob auch insoweit § 42 Abs. 2 VwGO eine abschließende Regelung ~~Regelung~~ darstellen soll. Verneint wird dies von Rupp: ¹⁴⁾ Die Klagebefugnis sei eng mit der Prozeßführungsbefugnis verwandt, diese sei gleichsam deren Gegenstück

8) DVB1. 1964, 191

9) Vgl. etwa NJW 1969, 267

10) AöR 76, 435/460

11) Verwaltungsprozeßrecht, S. 137

12) AöR 84, 185/201 bzw. 197

13) Sachlegitimation, S. 226, 230, 231, 234

14) AöR 85, 302/308 und 309

"unter negativem Vorzeichen". Freilich seien beide Rechtsinstitute nicht identisch, sie bezögen sich auf gegensätzliche Bereiche. Besage die Prozeßführungsbefugnis, wann ein fremdes Recht eingeklagt, so gebe die Klagebefugnis darüber Aufschluß, wann eine materielle Rechtsposition als eigene geltend gemacht werden könne. Rupp geht dabei offenbar davon aus, es genüge, wenn entweder Klagebefugnis oder Prozeßführungsbefugnis vorliege.¹⁵⁾

Völlig neuartig erscheint schließlich die Auffassung von Martens.¹⁶⁾ Er sieht in der Klagebefugnis, in § 42 Abs. 2 VwGO, eine (nach seiner Meinung durch die unglückliche Fassung der Norm die Zusammenhänge verwischende) Regelung der Bindung an eine rechtskräftige Entscheidung. Er versteht Klage- bzw. Prozeßführungsbefugnis quasi als Kehrseite der Rechtskraft. Dabei geht er von folgenden Überlegungen aus: Spreche man im Einzelfall die Klage- oder Prozeßführungsbefugnis ab, so handle es sich um nichts anderes als die Anerkennung der Rechtskraft. Diese sei nämlich nicht nur für die Beteiligten eines Verfahrens, sondern genauso für alle anderen Personen bedeutsam. Es bestehe das Phänomen der "relativen Rechtskraft mit absoluter Geltung". Werde etwa im Prozeß zwischen A und B eine Verpflichtung des B zur Zahlung von 500,-- DM rechtskräftig festgestellt, so könne auch der unbeteiligte C nicht mit Erfolg geltend machen, B sei zur Zahlung an A wegen Unrichtigkeit des Urteils gar nicht verpflichtet. Wegen dieser absoluten Wirkung komme jedem Urteil die Funktion der "Vervollständigung des materiellen Rechts" zu. Es geschehe hier funktionell nichts anderes als bei einer Verfügung durch Rechtsgeschäft. Die "Befugnis zur Vervollständigung" müsse daher auch im Prozeß bestimmten Personen unter Ausschluß aller übrigen zugewiesen werden. Genau auf die Frage, welche Personen dies seien, spitze sich das Problem der Klagebefugnis zu. Maßgebend sei dafür das materielle Recht, v. a. der "Umfang des Eingriffs in den status libertatis im Einzelfall" und das "Rangverhältnis der Rechtspositionen der verschiedenen Beteiligten."¹⁷⁾

15) a.a.O., S. 310 und dort Fußnote 20; ähnlich wohl auch schon DÖV 1957, 144/145 zu verstehen.

16) VerwArch. 1969, 197/201 - 213

17) a.a.O., S. 211

1.3 Eigene Auffassung

Eine enge Verwandtschaft der drei Rechtsinstitute läßt sich schwerlich leugnen. Vermeidung der Popularklage, Ausschaltung der klageweisen "Verfügung" eines materiell nicht Berechtigten und Abwehr überflüssiger Inanspruchnahme des Gerichts sind drei Bestrebungen, die nicht sehr weit voneinander entfernt liegen. Noch deutlicher wird dies, wenn man den Einfluß von gerade für das Rechtsschutzinteresse typischen Wertungsfragen auf Prozeßführungsbefugnis und Klagebefugnis in einzelnen Fällen berücksichtigt.¹⁸⁾ Solche Überschneidungen sollten freilich nicht zu einer völligen Verwischung der Grenzen und zu einem Vergessen der Tatsache führen, daß es sich eben doch um drei separate Sachurteilsvoraussetzungen mit verschiedenen Zielsetzungen handelt. Alle drei Institute sprechen zwar dem Kläger, liegen ihre Voraussetzungen nicht vor, das Recht auf eine gerichtliche Sachentscheidung ab, doch aus verschiedenen Erwägungen. Die **P r o z e ß f ü h r u n g s b e f u g n i s** will eine verfügungsähnliche Wirkung von Klage und Urteil vermeiden, die nicht vom Rechtsinhaber selbst ausgeht bzw. will sie Verschieben eines Ersatzmannes verhindern. Klagt jemand ganz offen derart "für Rechnung eines anderen", berührt er sich nicht (alleinig) eigener Rechte, sondern einer Befugnis, gänzlich oder teilweise fremde Rechte selbst und allein durchsetzen zu können, so muß er diese Befugnis auch darlegen. Dagegen will die **K l a g e b e f u g n i s** nicht die Verfügung eines Nichtberechtigten verhindern, sondern die Popularklage ausschalten, will vermeiden, daß der beliebige einzelne eine "Beanstandungsklage" erhebt und die Rechtmäßigkeit einer Verwaltungstätigkeit gerichtlich nachprüfen läßt, ohne von dieser Tätigkeit selbst unmittelbar betroffen zu sein. Hier wird das Klagerecht des Sachwalters der Allgemeinheit verneint, nicht das des Sachwalters eines Dritten. Es handelt sich um ein Problem, das auf der Struktur gerade der Verwaltungsgerichtsbarkeit beruht. Das erforderliche **R e c h t s s c h u t z b e d ü r f n i s** endlich klärt, ob die an sich klagebefugte und verfügungsberechtigte Partei ein billigenswertes Interesse hat, die strittigen Rechte überhaupt und gerade auf diese Weise

18) Z. B. einerseits bei Beurteilung der Zulässigkeit der gewillkürten Prozeßstandschaft, andererseits bei Abgrenzung zwischen "Rechten" und "bloßen Interessen".

vor Gericht durchzusetzen oder ob nicht diese bzw. jede Inanspruchnahme des Gerichts als nicht notwendig, als mißbräuchlich erscheint.

Diese drei Motive und die aus ihnen entwickelten drei Rechtsinstitute können nun durchaus auch nebeneinander im konkreten Verwaltungsprozeß und insbesondere für Anfechtungsklagen bedeutsam werden. Zwei Beispiele sollen das verdeutlichen, sollen v. a. zeigen, daß neben der Klagebefugnis Raum für die beiden anderen Sachurteilsvoraussetzungen bleibt.

(a) Es wird befristet auf ein Jahr die Ausübung eines Gewerbes untersagt mit einer Begründung, die den Betroffenen nicht diskriminiert, etwa wegen mangelnder gesundheitlicher Eignung. Der Kläger hat jedoch schon vorher dieses Gewerbe endgültig aufgegeben, steht gar vor einer Auswanderung und wird mit Sicherheit innerhalb des betreffenden Zeitraumes diesen Beruf in Deutschland nicht ausüben wollen oder können. Hier ist ganz zweifellos in seine Rechtssphäre (Art. 12 GG) eingegriffen, die Klagebefugnis kann nicht verneint werden. Dennoch fehlt einer Klage das nötige Rechtsschutzbedürfnis, wenn nicht besondere Umstände vorliegen, der Kläger vielmehr den VA lediglich aus Rechthaberei angreift.

(b) Unzweifelhaft ist ein Bürger klagebefugt, wenn ein ihm gehöriges Grundstück enteignet werden soll. Gerät er aber nach Zugang des Enteignungsbeschlusses in Konkurs und fällt das Grundstück bzw. der spätere Entschädigungsanspruch in die Konkursmasse, so ist allein der Konkursverwalter verfügungsbefugt und damit für eine Anfechtung des VA auch prozeßführungsbefugt: Es wird meist im Interesse der Konkursgläubiger liegen, für das Grundstück den vollen Gegenwert in Form der Enteignungsentschädigung zu erhalten; bei eiligem freihändigen Verkauf - noch dazu bei schon ausgesprochener Enteignung - würden notwendig Werte verschleudert. Dann aber kann es nicht im Belieben des Gemeinschuldners liegen, Klage zu erheben und die Enteignung samt Entschädigung vielleicht zu Fall zu bringen. Trotz Klagebefugnis ist also hier eine Klage des Gemeinschuldners mangels Prozeßführungsbefugnis unzulässig.

Man könnte nun freilich die Formulierung des § 42 Abs. 2 VwGO derart weit interpretieren, daß durch die dort aufgestellte Prozeßvoraussetzung auch Rechtsschutzbedürfnis und Prozeßführungsbefugnis

mit umfaßt wären. Das wäre aber alles andere als klar und zweckdienlich. Man würde diese Vorschrift - zudem gegen den Willen des Gesetzgebers - überladen und alle Grenzen unnötig verwischen, ohne sachlich zu wesentlich abweichenden - geschweige dembesseren - Ergebnissen zu gelangen. Man sollte daher weder in den Begriff "geltend machen" das allgemeine Rechtsschutzinteresse, noch in den Begriff "Recht" die Prozeßführungsbefugnis hineindeuten. Man hat vielmehr von drei selbständigen Sachurteilsvoraussetzungen auszugehen, die nebeneinander vorliegen müssen. Unzweckmäßig, ja gefährlich, erscheint schließlich der von Martens eingeschlagene Weg, die Auflösung der gesetzlich festgelegten Voraussetzungen der Klagebefugnis. Die Interpretation der Prozeßführungs- bzw. Klagebefugnis als Kehrseite der Rechtskraft geht zudem in wesentlichen Teilen von falschen Voraussetzungen aus. Eine "absolute Geltung der relativen Rechtskraftwirkung" führt durchaus nicht zu den von Martens unterstellten Ergebnissen. Im Zivilprozeß ist diese absolute Wirkung zudem nur in ganz besonders gelagerten Ausnahmefällen anerkannt und steht auch dort durchaus nicht außer Streit. Im übrigen aber halten Gesetz (vgl. §§ 325 ff. ZPO). Lehre und Rechtsprechung an der bloßen Rechtskraftwirkung "inter partes" fest. Martens scheint hier Rechtskraft- und Tatbestandswirkung eines Urteils zu verwechseln. Wird in dem von ihm angegebenen Beispiel ¹⁹⁾ B zur Zahlung an A verurteilt, so kann freilich diese Realität der Verurteilung mit all ihren Folgen auch von dem unteiligten C nicht in Frage gestellt werden. Hier handelt es sich aber nicht um die Anerkennung der Rechtskraft, sondern um die selbstverständliche Berücksichtigung eines rein tatsächlichen Geschehens. C kann dagegen sehr wohl vorbringen, B sei zu Unrecht verurteilt worden; gerade dies aber wäre mit einer auch ihm gegenüber eingetretenen Rechtskraftwirkung unvereinbar. Ein besonders deutliches Beispiel ist ferner die Klage zwischen zwei Eigentums- oder Erbprätendenten. Obsiegt der Kläger X gegen den Beklagten Y, wird sein Eigentum festgestellt, so kann der wahre Eigentümer Z zwar nicht die Tatsache dieses Obsiegens angreifen - wozu auch -, wohl aber kann er selbst sein Eigentum beanspruchen; er ist an die rechtskräftige Feststellung zwischen X und Y keineswegs gebunden. Eine verfügungsähnliche Wirkung gegenüber allen am Prozeß nicht

19) Vgl. Abschnitt 1.2 am Ende.

Beteiligten tritt also gerade nicht ein, Prozeßführungsbefugnis und Rechtskraftwirkung hängen insoweit nicht zusammen. Damit besteht aber auch kein Anlaß, in § 42 Abs. 2 VwGO eine positivgesetzliche, "unglücklich gefaßte" Ausgestaltung dieser so mißverständenen Prozeßführungsbefugnis zu sehen.

Im **E r g e b n i s** hat man also bei jeder Klage einmal das Vorliegen der Klagebefugnis nach § 42 Abs. 2 VwGO zu prüfen; zusätzlich müssen Rechtsschutzinteresse und Prozeßführungsbefugnis gegeben sein. Nur bei Erfüllung aller drei Voraussetzungen besteht ein Anspruch des Klägers auf Entscheidung zur Sache. Freilich treten Rechtsschutzbedürfnis und Prozeßführungsbefugnis in aller Regel - wie auch im Zivilprozeß - bei Anfechtungsklagen nur ausnahmsweise, nur im "negativen Aspekt", auf; ihr Vorliegen ist grundsätzlich zu unterstellen, es fehlt nur bei besonderen Umständen. Dabei ist besonders zu betonen, daß die Prozeßführungsbefugnis nicht etwa die Klagebefugnis "zu ersetzen" vermag, d. h. daß lediglich eine alternative Prüfung stattzufinden hätte. Die Prozeßführungsbefugnis ist problemlos, wo ein ausschließlich eigenes Recht als eigenes eingeklagt wird, hier kann allenfalls die Klagebefugnis, die Verletzung dieses Rechts fraglich werden. Klagt dagegen ein Konkursverwalter gegen die Enteignung des Gemeinschuldners, so hat er zweierlei darzulegen, einmal die Klagebefugnis des Gemeinschuldners, zum anderen das eigene Prozeßführungsrecht. Ebenso hat einer von mehreren Mitberechtigten, der allein für alle klagt, zwei Voraussetzungen zu erfüllen, nämlich die Geltendmachung, das gemeinsame Recht sei verletzt, und die Darlegung, er sei auch ohne Mitwirkung der anderen zur Klageerhebung befugt. Wer ganz oder teilweise fremde Rechte einklagt, muß also die Beeinträchtigung dieser Rechte und seine Befugnis aufzeigen, hiergegen gerichtlich einzuschreiten. Nur dann ist seine Klage, besteht im übrigen auch ein Rechtsschutzbedürfnis, zulässig.

Das Vorliegen der drei Prozeßvoraussetzungen für den Fall privater Gengenrechte Dritter soll nun im einzelnen geprüft werden.

2. Das Rechtsschutzinteresse (RSI) bei privaten Drittrechten

2.1 Klagen gegen den Hauptakt

Das RSI für eine Klage des Adressaten mag in besonderen Ausnahmesituationen fehlen, im Normalfall liegt es ohne weiteres vor. Für eine Klage des **D r i t t e n** gegen den Hauptakt ließe sich das RSI freilich generell anzweifeln: Hat der Dritte doch die Möglichkeit, gegen den Adressaten auf dem Zivilrechtsweg vorzugehen, wenn der in Befolgung des VA Rechte des Dritten verletzt. Trotz des Erlasses des VA entsteht ja für den Adressaten kein Recht zu dem verlangten Eingriff; der Dritte könnte sich - etwa durch Erwirkung einer einstweiligen Verfügung - erfolgreich zur Wehr setzen.

In der Tat sind solche Erwägungen bei ähnlich liegenden Fällen nicht neu. So bedarf häufig die Kündigung eines privaten Rechtsverhältnisses durch einen Vertragspartner der behördlichen Genehmigung. Hat die Behörde, damit auch das Verwaltungsgericht, praktisch denselben Sachverhalt nachzuprüfen, wie es das gegen die Kündigung selbst angerufene Zivilgericht tun müßte, so verneinen das BVerwG und die wohl h. M. das RSI für einen Verwaltungsprozeß. Sie verweisen den Betroffenen auf die Feststellungsklage zum ordentlichen Gericht, wenn die erhobenen Einwendungen auch dort möglich sind und das Schwergewicht der Beurteilung auf materiellrechtlichen Fragen liegt, die in den Zivilprozeß gehören. Unter Bezug auf bereits bestehende "ständige Rechtsprechung" formuliert das BVerwG, eine Anfechtungsklage gegen Zustimmungen, Genehmigungen zu privaten Rechtsgeschäften entbehre des erforderlichen RSI, wenn die "Zivilgerichte das private Rechtsverhältnis im gleichen Umfang und nach den gleichen Voraussetzungen nachzuprüfen haben".²⁰⁾ Ein verwandter Gedanke ist auch bei der Nachbarklage gegen behördliche Genehmigungen (vor allem die Bauerlaubnis) aufgetreten, ohne sich freilich durchsetzen zu können. So spricht Peters²¹⁾ von ihrer Subsidiarität gegenüber einer möglichen Zivilklage gegen den Bauherrn

20) BVerwGE 10, 148/150; zustimmend insoweit z.B. Bachof, Verfassungsrecht I, S. 182; nach diesen Kriterien wurde das RSI z.B. verneint im Kleingärtnerrecht (BVerwGE 1, 134), bejaht dagegen beim Kündigungsschutz des Schwerbeschädigten (BVerwGE 8, 46) und der Schwangeren (BVerwGE 10, 148).

21) DÖV 1968, 547/549.

selbst: einem verwaltungsgerichtlichen Vorgehen des Nachbarn fehle hier das RSI, wenn genau dasselbe tatsächliche Ziel beim Zivilgericht erreicht werden könne. Die ganz herrschende Meinung lehnt jedoch diese Auffassung ab. So bejaht das BVerwG ²²⁾ das RSI für eine Klage des Nachbarn gegen die Hinausschiebung der Gaststätten-Sperrstunde: Die verwaltungsgerichtliche Klage beruhe hier auf "einer anderen Rechtsgrundlage" als ein auf § 1004 BGB gestütztes Vorgehen. Bettermann ²³⁾ bezeichnet es als "selbstverständlich", daß die mögliche Zivilklage ein RSI für die öffentlichrechtliche Nachbarklage nicht ausschließe. Menger ²⁴⁾ weist darauf hin, in beiden Fällen sei das Begehren des Klägers jedenfalls de iure ein anderes; das RSI für eine Anfechtungsklage lasse sich nicht dadurch ausschließen, daß der Kläger den Folgen des VA auch mit einer Klage zum ordentlichen Gericht begegnen könne. Ein prozessual verstandener Subsidiaritätsgrundsatz wird schließlich noch - neben anderen Überlegungen - beim Problem der Verpflichtungsklagen auf polizeiliches Einschreiten erörtert. Die h. M. bejaht jedoch auch hier das RSI. Menger-Erichsen ²⁵⁾ zum Beispiel weisen darauf hin, es liege jeweils ein unterschiedlicher Streitgegenstand vor, einmal die Verpflichtung des Bürgers zum Unterlassen störender Handlungen, zum anderen die Verpflichtung der Behörde zum Erlass eines VA, wobei die "Beseitigung der Störung selbst nur als weitere, nicht unmittelbar angestrebte tatsächliche Folge" eintrete. Mit der Zivilklage könne hier nicht dasselbe erreicht werden wie mit verwaltungsgerichtlichem Vorgehen.

In allen Fällen wird hier also letztlich auf die Verschiedenheit des Klagebegehrens bei Zivil- und Verwaltungsgericht abgestellt. Wendet man diese Grundsätze auf die Klage des Dritten gegen einen VA an, der dem Adressaten Verstoß gegen die privaten Rechte befiehlt, so kann das RSI des Dritten hier nicht verneint werden: Es handelt sich bei beiden denkbaren Klagen um ein völlig anderes Begehren. Einmal wird ein VA der Behörde gegen den Adressaten angegriffen, das andere Mal ein Handeln dieses Adressaten, also eine bloße tatsächliche und mögliche Folge

22) NJW 1961. 1129 = BVerwGE 11, 331; insoweit zustimmend Bachof, a.a.O., S. 182.

23) NJW 1961, 1097

24) VerwArch. 51, 262

25) VerwArch. 52, 102 u. 103

dieses VA. Auch im Ergebnis kann mit der zivilrechtlichen Klage nicht dasselbe erreicht werden. Durch das Urteil würde lediglich die fehlende Eingriffsbefugnis des Adressaten rechtskräftig festgestellt, nicht aber die vom Verwaltungsbefehl ausgehende Bedrohung des Drittrechts endgültig beseitigt. Der Rechtsweg zu Zivil- und Verwaltungsgerichten ist grundsätzlich gleichwertig. Das Schergewicht des Streites liegt hier auch durchaus auf öffentlich-, nicht auf privatrechtlichem Gebiet. Nur infolge des VA sieht sich der Dritte überhaupt in seiner Rechtssphäre bedroht, nur deswegen muß er einen weiteren Eingriff in seine Rechte befürchten.

2.2 Klagen gegen den Ergänzungsakt

Selbstverständlich besteht ein RSI des Dritten für die Klage gegen einen unmittelbar an ihn gerichteten Ergänzungsakt. Dieser schaltet seine Gegenrechte aus, "ersetzt" seine Zustimmung. Würde der VA rechtsbeständig, so könnte sich der Dritte zivilrechtlich gegen den Adressaten überhaupt nicht mehr erfolgreich zur Wehr setzen.

Auch ein RSI des Hauptakts-Adressaten, gegen den Ergänzungsakt vorzugehen, wird man bejahen können. Zwar erhält er in erster Linie einen Machtzuwachs durch Ausschaltung der Rechte des Dritten, doch liegt hierin auch ein doppelter Nachteil: Erstens ist der Hauptakt nunmehr öffentlichrechtlich rechtmäßig, also endgültig verbindlich; zweitens sind unter Umständen mittelbare zivilrechtliche Konsequenzen nicht zu vermeiden, die für den Adressaten sehr unerwünscht sein können. Dies genügt für das erforderliche RSI. ²⁶⁾

3. Die Klagebefugnis (KB) bei privaten Drittrechten

3.1 Klagen gegen den Hauptakt - Allgemein

3.1.1 Problemlos ist die Klagebefugnis des Adressaten selbst, dem ja der Hauptakt unmittelbar ein bestimmtes Verhalten befiehlt. Er wird durch diesen VA belastet, kann daher ohne weiteres geltend machen, "in seinen Rechten verletzt", d. h. rechtswidrig belastet zu sein. Bei allem Streit über die Abgrenzung zwischen § 42 Abs. 2 und § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO dürfte geklärt sein, daß die Frage der Rechtswidrigkeit des Eingriffs, d. h. der Schritt von der Rechts-

26) Er stellt freilich noch keine "Belastung" dar - vgl. dazu § 18 Abschnitt 2.1 - die Klage kann damit an der mangelnden Klagebefugnis scheitern.

beeinträchtigung zur Rechtsverletzung, allein im Rahmen der Begründetheit der Klage zu erörtern ist. Hier muß der Kläger, um eine Sachentscheidung zu erlangen, weder Nachweise vorlegen, noch muß er eine "Vermutung" dafür begründen oder ähnliches. Es genügt, daß er durch Klageerhebung inzident zum Ausdruck bringt, er halte den VA für rechtswidrig.

3.1.2 Schwieriger wird es bei Klage des Dritten. In § 18 wurde geklärt, daß er durch den Hauptakt grundsätzlich nicht in seiner Rechtssphäre beeinträchtigt, nicht "belastet" wird, also scheidet auch eine "Rechtsverletzung" im Sinne der §§ 42, 113 VwGO aus. Freilich bleibt damit zunächst offen, ob die gleichwohl erhobene Klage als unbegründet (§ 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO) oder als unzulässig (§ 42 Abs. 2 VwGO) abzuweisen ist. Es stellt sich mit anderen Worten die Frage, ob der Dritte eine Rechtsverletzung wenigstens zunächst "geltend macht" oder machen kann; nur dies setzt ja § 42 Abs. 2 VwGO voraus. Die Abgrenzung zwischen § 42 Abs. 2 VwGO (Klagebefugnis) und § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO (Aktivlegitimation) ist nun äußerst umstritten und zweifelhaft. Welche Anforderungen an das "Geltendmachen" gemäß § 42 Abs. 2 VwGO zu stellen sind, was dagegen der Begründetheitsprüfung überlassen bleibt, ist unsicher.

Kaum noch bestritten wird, daß einerseits die bloße Verbalbehauptung nicht genügt, eine Belastung liege vor, daß andererseits für die KB ein voller Nachweis der Belastung nicht auferlegt werden kann.²⁷⁾ Darauf beschränkt sich die Einigkeit freilich auch im wesentlichen. Von einigen wird dann die Begründung einer Art Vermutung, eine "substantiierte Behauptung"²⁸⁾ verlangt, nur das "offensichtliche" Fehlen von Rechten wird als die Zulässigkeit ausschließend betrachtet.²⁹⁾ Andere fordern die Aufstellung tatsächlicher Behauptungen, bei deren Wahrheit wirklich eine Belastung vorläge, und gehen damit im Rahmen des § 42 Abs. 2 VwGO von einer strengen Schlüssigkeitsprüfung aus.³⁰⁾ Die übrigen schließlich differenzieren zwischen den einzelnen Elementen der "Rechtsver-

27) Vgl. Laubinger, Doppelwirkung, S. 117 m.w.N.; Bachof, Verfassungsrecht I, S. 201, 202.

28) Bachof, a.a.O., S. 203

29) BVerwG DÖV 1964, 346

30) Vgl. z.B. Bernhardt, JZ 1963, 302/307

letzung", etwa zwischen Belastung und Rechtswidrigkeit ³¹⁾ oder zwischen Betroffensein und nachteiliger Einwirkung. ³²⁾

Eigene Auffassung: Ohne daß hier Raum für nähere Auseinandersetzung mit anderen Meinungen wäre, erscheint grundsätzlich eine differenzierte Betrachtungsweise angebracht. Einmal sind für die Prüfung der KB Tat- und Rechtsfragen zu beantworten, sie können wohl nicht völlig gleichartig behandelt werden. Ob der Kläger etwa tatsächlich beeinträchtigt wird oder ob eine Rechtsnorm auch seinem Schutze dient, sind grundverschiedene Probleme. Hier sollte nicht pauschal mit einer Art Vermutung oder mit voller Schlüssigkeitsprüfung gearbeitet werden. Weiter sind drei wesentliche Elemente der "Belastung" zu trennen, die tatsächliche Beeinträchtigung, die Beeinträchtigung einer Rechtsstellung und die Unmittelbarkeit der Einwirkung auf das Recht. Für T a t s a c h e n - f r a g e n ist grundsätzlich schlüssige Behauptung zu verlangen. Voller Nachweis sollte nicht gefordert werden, ebensowenig eine "gewisse Wahrscheinlichkeit" - die Zulässigkeitsprüfung wäre sonst überlastet. Auf der anderen Seite braucht sich das Gericht aber auch mit einer bloßen, durch Tatsachen nicht gestützten verbalen Behauptung der "Rechtsverletzung" nicht ^{zu} begnügen. Konkretes Vorbringen erscheint hier für den Kläger durchaus zumutbar; er kann die tatsächlichen Verhältnisse ohne Schwierigkeit zumindest überschlägig darlegen. Eine Schlüssigkeitsprüfung, also die Behauptungslast für den Kläger, kann hier wohl auch nicht durch den Hinweis auf § 86 Abs. 1 VwGO abgelehnt werden. Fordert § 42 Abs. 2 VwGO das "Geltendmachen" einer Rechtsverletzung, so ist diese Vorschrift als Spezialregelung gegenüber der sonst vorhandenen Amtsaufklärungspflicht des Gerichts anzusehen, zumindest sollte man hier einen speziellen gesetzlichen Fall der Mitwirkungspflicht des Klägers annehmen. Freilich muß man die Amtsaufklärung in geminderter Form auch in diesem Rahmen anerkennen. Hat der Kläger hinreichende Anhaltspunkte gegeben und ist Schlüssigkeit seiner Behauptungen durch kurze Nachfrage seitens des Gerichts ohne besondere Schwierigkeiten herbeizuführen, so wird man die Klage

31) Wohl ganz h. M.; vgl. etwa Ule, Verwaltungsprozeßrecht, S. 133, Lüke, AÖR 84, 185/211, Rupp, AÖR 85, 302/309, die nur für die Belastung schlüssige Behauptung verlangen.

32) Laubinger, a.a.O., S. 119 und 120; im Anschluß an Bettermann läßt er die verbale Behauptung hinsichtlich des Eingriffs in Rechte genügen, fordert aber den Nachweis, daß der VA den "Interessen zuwiderläuft"; ähnlich auch Scholz, WiR 1972, S. 35/50

nicht als unzulässig abweisen können. Nicht dagegen muß das Gericht bzw. der Vorsitzende den Kläger erst zu näherem Sachvortrag auffordern, wenn überhaupt keine vernünftigen Anhaltspunkte bestehen oder wenn erst umfangreiche gerichtliche Ermittlungen erforderlich würden. Auch die Hinweispflicht des Vorsitzenden nach § 86 Abs. 3 VwGO setzt erst bei vorhandenen Anknüpfungsmöglichkeiten ein; der Hinweis richtet sich nur auf "Ergänzung" des Vortrages. Unter diese gemilderte Behauptungslast des Klägers fallen Tatsachen, die die reale nachteilige Einwirkung des angefochtenen VA darlegen, aber auch solche, die die Frage nach der Rechtsstellung betreffen - z. B. ob der Kläger einem bestimmten Personenkreis angehört (etwa Nachbar ist), oder ob bestimmte Verträge mit Dritten wirklich vorliegen (aus denen sich eine Rechtsstellung ergeben kann). Für die Unmittelbarkeit des Eingriffs dagegen dürften nur ausnahmsweise tatsächliche Umstände von Bedeutung sein; hier handelt es sich meist um reine Rechtsfragen. Solche R e c h t s f r a g e n hat das Gericht voll zu prüfen, ohne daß hier dem Kläger irgendwelche Pflichten oder Lasten auferlegt werden könnten. Auch im Rahmen des § 42 Abs. 2 VwGO gilt der Grundsatz "iura novit curia". Eine bloß überschlägige Prüfung darf hier ebenfalls nicht als ausreichend angesehen werden, die Zulässigkeitsprüfung ist kein summarisches Verfahren. Unter diese volle Prüfungspflicht des Gerichts fällt für das Bestehen einer Rechtsstellung die Überlegung, ob sich aus den vorgetragenen Tatsachen eine Rechtsstellung wirklich ergibt, z. B. ob ein bloßes rechtlich nicht geschütztes Interesse vorliegt oder ob einer bestimmten öffentlichrechtlichen Norm Drittschutzfunktion zuzuschreiben ist. Wie schon gesagt, ist auch die Frage nach der Unmittelbarkeit der Einwirkung in aller Regel ein Rechtsproblem - anders dagegen die nach der Beeinträchtigung der nachteiligen Einwirkung.

3.1.3 Im Ergebnis bleiben damit für die Prüfung der Rechtsverletzung im Rahmen des § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO übrig: Alle Beweisfragen sowie die rechtliche Würdigung der Belastung anhand dieses Beweisergebnisses (bei § 42 Abs. 2 VwGO wurde vom Vortrag des Klägers ausgegangen), rechtliche und tatsächliche Nachprüfung der Rechtmäßigkeit des Eingriffs. Bereits nach § 42 Abs. 2 VwGO wurde dagegen untersucht, ob aufgrund der vom Kläger vorgetragenen - als zutreffend unterstellten - Tatsachen nach voller rechtlicher Überprüfung eine Belastung (unmittelbare Rechtsbeeinträchtigung) vorliegt (nicht etwa nur "vorliegen kann").

Der Klage des privat berechtigten Dritten gegen den Hauptakt fehlt hiernach in aller Regel bereits die KB. Selbst wenn der Kläger eingehende Tatsachenbehauptungen aufstellt, ist aus vom Gericht hier voll nachzuprüfenden Rechtsgründen eine Belastung ausgeschlossen: Auf absolute private Rechte wird durch den VA nicht eingewirkt; sonstige Rechtsbeziehungen der Beteiligten zueinander sind nicht umgestaltet, der Grundrechtsschutz eines Interessenkreises reicht nicht bis hierher, Normen mit Drittschutzfunktion sind nicht vorhanden.³³⁾ Alle diese Probleme sind reine Rechtsfragen, also im Rahmen der Zulässigkeitsprüfung zu untersuchen. Eine Klage des Dritten gegen den Hauptakt wäre also im Regelfall mangels Klagebefugnis als unzulässig abzuweisen.

3.2 Klagen gegen den Hauptakt - Sonderfälle

Überprüft man noch einige besondere Konstellationen, so ergibt sich folgendes:

Nicht in Frage gestellt werden kann die KB in den seltenen Fällen, in denen ausnahmsweise der zunächst allein gegen den anderen gerichtete VA auch für den klagenden Dritten eine Belastung darstellt. Wie bereits dargelegt, ist diese Voraussetzung erfüllt, wenn der Hauptakt nach spezialgesetzlicher Vorschrift privatrechtsgestaltend wirkt,³⁴⁾ weiter auch dann, wenn die Behörde gegen den einen vorgeht, in Wahrheit aber nachweisbar den anderen treffen will und trifft.³⁵⁾ Schließlich können Vollstreckungsmaßnahmen eine Belastung des Dritten bringen,³⁶⁾ selbst wenn sie nicht in erster Linie gegen ihn gerichtet sind und er bisher nicht beteiligt war: Auch der Dritte ist in seiner Rechtssphäre nachteilig betroffen bei Ersatzvornahme, bei unmittelbarem Zwang gegenüber Sachen, an denen er Rechte hat, sowie bei unmittelbarem Zwang gegen die Person des anderen, sofern dieser Zwang Eingriff in die Drittrechte bezweckt und herbeiführt.

Zweifelhaft könnten noch die Fälle sein, in denen die Rechtsstellung des Dritten kraft Gesetzes - z. B. durch § 35 GewO für den Geschäftspartner - ausgeschaltet ist oder schon kraft privatrechtlicher Vereinbarung unter Vorbehalt eines VA steht. Wie in § 18

33) Vgl. im einzelnen die Ausführungen in § 18 Abschnitte 1.1 bis 1.4
34) Vgl. § 18 Abschnitt 1.5
35) Vgl. § 18 Abschnitt 1.3.2
36) Vgl. § 18 Abschnitt 2.2

Abschnitt 1.5 festgestellt, wird hier der Dritte nicht durch den VA belastet. Es könnte nun aber im Einzelfall fraglich sein, ob die vertragliche Vereinbarung wirklich so weit geht, ob sie gültig ist bzw. im anderen Fall, ob die betreffende Norm private Drittrechte unmittelbar ausschaltet; die Konsequenz wäre, daß sonst ein Ergänzungsakt gegen den Dritten erforderlich würde. Es ist nun folgendes zu überlegen: Schränken bereits Rechtsnorm bzw. Vertrag das Drittrecht ein, so fehlt die KB mangels Vorliegen einer Rechtsposition. Im gegenteiligen Fall aber besteht das Drittrecht unangefochten weiter; der allein gegen den Adressaten gerichtete Hauptakt führt ebenfalls nicht zu einer Belastung, hier fehlt die KB mangels Eingriffs. Nun hat aber der Dritte keinesfalls ein Recht auf Klärung der Frage, w a r u m seine Klage unzulässig ist; in allen denkbaren Fällen würde er durch den angegriffenen Hauptakt nicht belastet. Auch aus solchen Fragen kann daher eine KB nicht hergeleitet werden. Der Dritte muß hier etwaige gegen ihn gerichtete Vollstreckungsmaßnahmen oder einen Ergänzungsakt abwarten, gegen die er dann mit eigener Anfechtungsklage vorgehen kann.

3.3 Klagen gegen den Ergänzungsakt

Wie in § 18 Abschnitt 2.1 dargelegt, wird vom Ergänzungsakt sehr wohl, aber auch allein der nunmehr direkt angesprochene Dritte betroffen. Ihm und nur ihm steht daher auch die KB zu. Der Adressat des Hauptakts dagegen ist in seinen Rechten nicht betroffen, und zwar bereits aus - vom Gericht ohne weiteres zu beurteilenden - Rechtsgründen, seine Klage wäre daher unzulässig. Im Ergebnis kann damit jeder der Beteiligten grundsätzlich nur gegen den an ihn selbst gerichteten VA vorgehen. Dies gilt ohne Rücksicht darauf, ob mehrere inhaltsgleiche Anordnungen erlassen wurden oder ob ein Gebot bzw. Verbot und eine Duldungsanordnung vorliegen.

3.4 Gemeinschaften

Nicht anders ist es schließlich bei einem oder mehreren Verwaltungsakten gegenüber Gemeinschaftern. Auch hier ist jeder nur durch den an ihn unmittelbar gerichteten VA belastet ³⁷⁾ und hat nur in diesem Rahmen die Klagebefugnis. Richtet sich ein VA allerdings

37) Vgl. § 18 Abschnitte 3.1 und 3.2

(fehlerhaft) gegen die Gemeinschaft als solche, so ist jedes Mitglied klagebefugt; zusätzlich wird die Gemeinschaft selbst als insoweit parteifähig und klagebefugt zu betrachten sein. Alle Beteiligten sind hier in jeweils eigenen Rechten beeinträchtigt.³⁸⁾ Freilich könnte hier, ergingen gegenüber allen Gemeinschaftern gleiche Verwaltungsakte oder gegenüber der Gemeinschaft selbst fehlerhaft ein einziger Akt, die Frage auftauchen, ob dann jeder Genosse isoliert vorgehen kann oder ob er zur Klage der Mitwirkung aller anderen bedarf. Dies aber ist kein Problem der Klagebefugnis, sondern eines der Prozeßführungsbefugnis. Es wird im folgenden näher erörtert werden.

4. Die Prozeßführungsbefugnis (PFB) bei privaten Drittrechten

4.1 Problemstellung und Literatur

Die Frage nach dem Vorliegen der PFB bei derartigen Dreiecksbeziehungen ist aus folgenden Gründen von Interesse: Ergehen gegenüber mehreren Beteiligten jeweils einzelne - gleichartige oder unterschiedliche - Verwaltungsakte, so ist zwar jeder stets durch den unmittelbar an ihn gerichteten VA belastet und insoweit klagebefugt. Soll die Klage zulässig sein, muß aber dem Kläger, wie in Abschnitt 1.3 ausgeführt, neben der Klagebefugnis zusätzlich die Prozeßführungsbefugnis zustehen; auch an deren Fehlen könnte das Rechtsmittel scheitern. Problematisch wird dies im wesentlichen nur bei Verwaltungsakten, die Gemeinschaften angehen, die sich unmittelbar an die Gemeinschaft selbst wenden bzw. an eines, mehrere oder gar alle ihrer Mitglieder gerichtet sind und sich auf gemeinsame Gegenstände (Sachen oder Rechte) beziehen. Hier taucht die Frage auf, ob ein Mitglied allein gegen diesen VA vorgehen kann oder ob es dazu der Mitwirkung aller bedarf. Dies aber ist nichts anderes als die Prüfung der alleinigen vollen PFB des einzelnen.

Nach Auffassung des BVerwG³⁹⁾ führt eine materiellrechtliche Verfügungsbeschränkung - etwa durch § 2033 Abs. 2, § 2040 BGB - auch dazu, daß ein Mitglied der Gemeinschaft einen VA dann nicht isoliert anfechten kann, wenn dieser einen gemeinschaftlichen Gegenstand betrifft, d. h. sich auf eine Sache oder ein Recht bezieht,

38) Vgl. § 18 Abschnitt 3.3

39) DVBl. 1956, 791 = BVerwGE 3. 208; insoweit zustimmend auch Martens, VerwArch. 1969, 197/214.

über das nur alle Gemeinschaftler zusammen verfügen können. Infolge dieses Mangels der alleinigen PFB müsse die Klage des einzelnen als unzulässig abgewiesen werden. Ähnlich argumentiert Hoffmann,⁴⁰⁾ wenn er ausführt, ein hier betroffenes gemeinschaftliches Recht könne an sich auch im Verwaltungsprozeß nur gemeinsam geltend gemacht werden; freilich spricht er sich zugleich für die Anwendbarkeit von Regelungen wie § 2039 BGB auch bei Anfechtungs- und Verpflichtungsklassen aus, damit könne der Miterbe, Mitgesellschafter usw. in Prozeßstandschaft für alle klagen.⁴¹⁾ Martens⁴²⁾ sieht als entscheidend an, ob eine Verfügung des einzelnen bzw. gegen den einzelnen gerade durch die Klage verhindert werden solle. Ist dies der Fall, hält er die PFB für gegeben.

4.2 Eigene Auffassung

Zuzustimmen ist dem BVerwG jedenfalls insoweit, als die fehlende alleinige Verfügungsbefugnis auch zu mangelnder PFB führen kann. Die materiellrechtliche Beschränkung bewirkt dann prozessual Unzulässigkeit der Klage.⁴³⁾ Genau zu untersuchen bleibt aber stets, ob die Klage tatsächlich einer - verbotenen - Verfügung gleichzustellen ist. Dies kann nur der Fall sein, wenn und soweit der Gemeinschaftler ein gemeinsames Recht geltend machen will. Hierzu ist er nur berechtigt, wenn gesetzliche oder gewillkürte Prozeßstandschaft vorliegt. Anders aber ist es, soweit er - ausschließlich oder zusätzlich - ein Recht verfolgt, das ihm allein zusteht. Maßgeblich dafür ist wieder, ob er (auch) in einem derartigen Recht oder nur zusammen mit anderen in einem gemeinsamen Recht betroffen wird. Klagt er aus "Gemeinschaftseigentum", so fehlt grundsätzlich die PFB, klagt er aus eigenem Recht, so kann sie nicht verneint werden. Hier nun erscheint die Auffassung des BVerwG angreifbar. Allein die Tatsache, daß ein gemeinschaftlicher Gegenstand Anlaß des VA ist, zwingt noch nicht zu der Annahme, daß deshalb der einzelne Gemeinschaftler nicht in einer Rechtsstellung betroffen sein könnte, die ihm allein zusteht und

40) VerwArch. 53, 297/316

41) Ebenso: Rupp, DÖV 1957, 144/155: derselbe, JZ 1964, 106; wohl auch BVerwG, NJW 1965, 1546/47: zweifelnd: Lücke, AGR 84, 185/216: a.A.: BVerwG DVBL. 1956, 791

42) VerwArch. 1969, 197/215; er sieht allerdings hier trotz vorhandener PFB eine Beiladung der anderen als notwendig an.

43) Vgl. auch BGH NJW 1962, 636.

die er ohne Bindung an den Willen der anderen Beteiligten auch allein gerichtlich verfolgen kann.⁴⁴⁾ Allein das ist aber maßgeblich - in welchem Recht der Kläger betroffen ist, einem gemeinschaftlichen oder einem ihm isoliert zustehenden. Im praktischen Ergebnis fällt das ganz überwiegend mit der Meinung von Martens zusammen, daß auch der einzelne prozeßführungsbefugt sei, soweit eine Verfügung gegen die Gemeinschaft verhindert werden solle. Allerdings sollte auf eine klare Aussage nicht verzichtet werden, wie der Zweck des Rechtsinstituts dogmatisch erreicht wird: Diese gewollte Verhinderung von Verfügungen prägt sich allein in der Erörterung aus, welches Recht beeinträchtigt ist.

Für die unterschiedlichen hier in Frage kommenden Fälle gilt damit folgendes: Schon in § 18 Abschnitt 3.1 wurde eingehend dargelegt, daß bei isolierter Anordnung gegen nur einen der Gemeinschaftler dieser immer in einem ihm persönlich und ausschließlich zustehenden Recht betroffen wird. Dieses Recht kann er dann auch klageweise geltend machen, ohne der Mitwirkung der anderen zu bedürfen, er besitzt die volle PFB. Von ihm wird etwas verlangt, dagegen muß er sich zur Wehr setzen können. Auch aus dem Sinn des Rechtsinstituts der PFB bestehen keine Bedenken gegen diese isolierte Klage; etwaige verfüngsähnliche Wirkung durch Eintritt oder Erweiterung von Rechtskraft bzw. Bestandskraft des VA soll und kann hier gerade vermieden werden.⁴⁵⁾ Selbst bei Rechtskraft eines klageabweisenden Urteils besteht keine Gefahr, da diese Rechtskraft nur gegenüber dem Kläger, nicht gegenüber seinen Genossen eintreten kann. Bereits in § 18 Abschnitt 3.2 wurde auch geklärt, daß sich diese Situation selbst dann nicht ändert, wenn mehrere - gleichartige oder verschiedene - Verwaltungsakte gegen mehrere oder alle Mitglieder ergehen. Jeder Gemeinschaftler ist hier in einem Einzelrecht betroffen; die PFB zu dessen Verteidigung kann ihm nicht abgesprochen werden. Wird fehlerhaft ein VA an die Gemeinschaft als solche gerichtet und wendet sich eines der Mitglieder dagegen, so darf auch hier seine PFB nicht verneint werden. Neben der Gemeinschaft ist hier gleichzeitig der einzelne in seinem Individualrecht betroffen, wie in § 18 Abschnitt 3.3 gezeigt wurde. Soweit er diesen Eingriff beseitigen will, ist ihm die PFB zuzugestehen. Ihm können keine Beschränkungen aus der Tatsache auferlegt werden, daß unter Umständen zusätzlich ein gemeinsames

44) So auch Lücke, AöR 84, 185/217

45) Anders könnte es bei Verpflichtungsklagen sein.

Recht betroffen sein könnte. Ist der einzelne Gemeinschaftler von der öffentlichen Gewalt in seiner Rechtssphäre beeinträchtigt, so muß er - schon wegen Art. 19 Abs. 4 GG - dagegen gerichtlich vorgehen können. Eine Verminderung dieses Rechtsschutzes darf nicht daraus kontruiert werden, daß man eine Mitwirkung anderer als notwendig ansieht. Endlich bestehen auch bei Vollstreckungsakten keine Bedenken gegen die PFB. Auch hier wird immer (vgl. § 18 Abschnitt 3.4) ausschließlich oder zusätzlich in ein dem einzelnen persönlich und allein zustehendes Recht eingegriffen.

Bei dieser Rechtslage stellt sich die Frage nach einer notwendigen analogen oder unmittelbaren Anwendung von Vorschriften wie § 2039 BGB überhaupt nicht mehr. In allen hier auftretenden Fällen ist die PFB ohnehin zu bejahen, ohne daß man auf eine spezialgesetzlich geregelte Prozeßstandschaft zurückgreifen müßte.⁴⁶⁾

46) Allerdings soll nicht verhehlt werden, daß die Argumente nicht ganz überzeugen, die gegen eine Anwendung der Vorschrift ins Feld geführt werden. Vgl. dazu vor allem die insoweit zutreffende Kritik von Rupp, DÖV 1957, 144/145 unter Nr. 2.

§ 20 Notwendige Beiladung - notwendige Streitgenossenschaft

1. Der Begriff der "notwendig einheitlichen Entscheidung"

1.1 Die "Entscheidung"

1.2 Die "notwendige Einheitlichkeit" gegenüber mehreren

2. Das Verhältnis zwischen notwendiger Beiladung und notwendiger Streitgenossenschaft

2.1 Auffassungen in der Literatur

2.2 Voraussetzungen der notwendigen Beiladung nach
§ 65 Abs. 2 VwGO

2.3 Voraussetzungen der notwendigen Streitgenossenschaft
des § 62 ZPO (§ 64 VwGO)

2.4 Verhältnis zwischen § 65 Abs. 2 VwGO und §§ 64 VwGO,
62 ZPO sowie Klage- und Prozeßführungsbefugnis

3. Die Rechtslage bei privaten Gegenrechter Dritter

3.1 Notwendige Beiladung

3.2 Notwendige Streitgenossenschaft

./.

1. Der Begriff der "notwendig einheitlichen Entscheidung"

Der Begriff ist von maßgeblicher Bedeutung sowohl für die notwendige Beiladung nach § 65 Abs. 2 VwGO wie für die notwendige Streitgenossenschaft nach §§ 64 VwGO, 62 ZPO. Einer Untersuchung des Verhältnisses dieser beiden Rechtsinstitute zueinander (Abschnitt 2) und der Rechtslage bei privaten Drittrechten im einzelnen (Abschnitt 3) sollen daher einige grundsätzliche Erwägungen über diese "notwendig einheitliche Entscheidung" vorangestellt werden.

1.1 Die "Entscheidung"

Unter "Entscheidung" darf nicht die Handlung des Gerichts, der Behörde, der aktuelle Willensakt oder der Vorgang seiner Entstehung verstanden werden. Eine Handlung ist insoweit immer notwendig einheitlich; sie läßt sich nicht aufspalten in ihrem Zustandekommen gegenüber mehreren Personen. Trennbar sind jedoch die **A u s w i r k u n g e n** einer Handlung auf mehrere Rechtssubjekte; sie können je nach Sachlage voneinander unabhängig oder untrennbar miteinander verbunden sein. Erst hier gewinnt die notwendige Einheitlichkeit als Sonderfall überhaupt Sinn und Bedeutung. Die gegenüber mehreren Personen notwendige Einheitlichkeit eines staatlichen Aktes ist also ausschließlich von den Wirkungen dieses Aktes her zu beurteilen, aus seinen Folgen, den von ihm ausgehenden Regelungen.

Diese Folgen müssen qualifizierter Art sein. Es müssen Einwirkungen auf **R e c h t e** vorliegen, nicht nur Beurteilungen von Interessen.¹⁾ Von einer "Entscheidung" kann man nur sprechen, wenn Verhältnisse, Beziehungen **v e r b i n d l i c h** festgestellt oder verändert werden. Diese Verbindlichkeit aber setzt Bestand, Entstehung oder Veränderung von Rechtsstellungen voraus. Dem kann und wird in aller Regel ein Interessenausgleich zugrunde liegen; er bedarf jedoch, soll er verbindlich erfolgen, der Transformation in Rechte und Pflichten. Dasselbe folgt hier zudem aus Sinn und Zweck der VwGO, die sich darauf beschränkt, subjektive Rechte durchzusetzen und Rechtsverhältnisse zu regeln, auf bloßen

1) Es sei denn, es handelt sich um "rechtlich geschützte" Interessen.

Interessenschutz dagegen grundsätzlich verzichtet. Die "Entscheidung" ist daher identisch mit den vom behördlichen bzw. gerichtlichen Willensakt ausgehenden Rechtsänderungen oder verbindlichen Feststellungen; sie wird dem gegenüber getroffen, dessen Rechte und Pflichten geändert oder festgestellt werden. Damit wird bei allen weiteren Erörterungen wiederum bedeutsam, ob der einzelne oder mehrere Personen durch die Entscheidung **b e t r o f f e n** sind, d. h. ob in ihre Rechtssphäre - positiv oder negativ - eingegriffen wurde. Dies soll als erstes wichtiges Zwischenergebnis festgehalten werden.

1.2 Die "notwendige Einheitlichkeit" gegenüber mehreren

Nun ist es durchaus möglich, bei mehreren Parteien sogar logisch notwendig, daß durch eine Entscheidung Rechte bzw. Pflichten mehrerer Personen geregelt werden. Wenn der eine an Rechtsstellung gewinnt, verliert z. B. notwendig sein Gegner, wird über zwischen ihnen bestehende Beziehungen entschieden. Die Regelungen gegenüber beiden Personen sind hier nur zwei Aspekte derselben Erscheinung, die Entscheidung ist "notwendig einheitlich". Mehrere dem behördlichen bzw. gerichtlichen Akt entspringende Regelungen können so gleichzeitig die Rechtssphäre mehrerer Rechtssubjekte verändern, eine Regelung ist nicht ohne die andere denkbar. Insoweit ist dann die Entscheidung notwendig einheitlich gegenüber den betroffenen Personen.

Es handelt sich hier aber nur darum, daß sich die Auswirkungen **e i n e r** aktuellen Handlung auf die Rechtssphäre mehrerer Personen bedingen. Scharf davon zu unterscheiden ist der Fall, daß eine Handlung, die von ihr ausgehenden Regelungen, präjudiziell für das Ergebnis einer **z w e i t e n**, separaten Handlung sind, daß von jener ausgehende Wirkungen die von dieser auszusprechenden Regelungen logisch oder rechtlich voraussetzen, von ihnen beeinflusst werden oder mit ihnen übereinstimmen müssen. Notwendige Abhängigkeit oder Gleichheit zweier oder mehrerer Handlungen ist etwas völlig anderes als notwendige Einheitlichkeit der Regelungen einer einzelnen Handlung. Es genügt für die notwendige Einheitlichkeit eines behördlichen oder gerichtlichen Aktes keineswegs, daß von zwei Handlungen eine die andere logisch oder rechtlich ausschließen würde, d. h. daß eine von ihnen "falsch" wäre. Vielmehr

dürfen zwei Entscheidungen überhaupt nicht denkbar sein, ein einziger Akt muß notwendig mehreren Rechtssubjekten gegenüber ergehen, muß eine Doppelregelung treffen, d. h. die Rechtssphäre mehrerer gleichzeitig verändern.

Dabei kann nun durchaus der Fall eintreten, daß dieser - beispielsweise gerichtliche - Akt Regelungen ausspricht oder wegen ihrer Untrennbarkeit mit anderen Regelungen aussprechen müßte auch gegenüber Rechtssubjekten, die am Verfahren weder als Kläger noch als Beklagter beteiligt sind. Dies ist etwa dann gegeben, wenn die Verwaltungsbehörde eine Genehmigung nach § 16 GewO^{1a)} erteilt und der Nachbar des Gewerbetreibenden v. a. wegen der sonst eintretenden Präklusion privatrechtlicher Ansprüche (§ 26 GewO)^{1a)} hiergegen Anfechtungsklage erhebt oder wenn ein Miterbe als Kläger ein Recht festgestellt haben will, das ihm auch nach seiner eigenen Auffassung nicht allein zusteht. Im ersten Fall wäre das Recht des Gewerbetreibenden aus der erteilten Genehmigung bedroht, im zweiten könnte das Gerichtsurteil womöglich auch die Rechtsstellung der anderen Miterben beeinflussen. Hier ergibt sich die Notwendigkeit, den bisher am gerichtlichen Verfahren nicht Beteiligten beizuziehen oder aber eine sachliche Entscheidung, eine Regelung, überhaupt zu versagen. Ersteres ist z. B. im Rechtsinstitut der notwendigen Beiladung geregelt, zu letzterem wurde der Gedanke der Prozeßführungsbefugnis entwickelt.

2. Das Verhältnis zwischen notwendiger Beiladung und notwendiger Streitgenossenschaft

Sowohl §§ 65 ff. (v. a. § 65 Abs. 2) VwGO wie § 64 VwGO i. V. m. §§ 59 ff. (v. a. § 62) ZPO regeln Probleme von Personenmehrheiten im Prozeß. Da gerade die Vorschriften des § 65 Abs. 2 VwGO und des § 62 ZPO sehr ähnliche Formulierungen verwenden, ist das Verhältnis zwischen notwendiger Beiladung und notwendiger Streitgenossenschaft teilweise ungeklärt oder zumindest ungewiß. Erschwerend kommt hinzu, daß gerade bei Anfechtungs- und Verpflichtungsklagen eine Einordnung der notwendigen Streitgenossenschaft auch gegenüber anderen wichtigen Rechtsinstituten, wie Klage- und Prozeßführungsbefugnis, zu finden ist.

2.1 Auffassungen in der Literatur

Kennzeichnend für die Vielfältigkeit der Problematik sind hier etwa folgende Formulierungen und Auffassungen: Martens²⁾ führt sinngemäß

2) VerwArch. 1969, 197 ff., v. a. S. 213 und 216.

1a) Vgl. jetzt §§ 5, 14 BImSchG

aus, bei Prozeßführungsbefugnis mehrerer Personen bzgl. eines erlassenen VA sei das auf Klage hin ergehende Urteil notwendig einheitlich; hieraus leitet er dann die Notwendigkeit der Beiladung her, wenn Personen, die an sich notwendige Streitgenossen wären, nicht gemeinsam klagen. Das BVerwG ³⁾ sieht die Anfechtungsklage eines Miterben mit folgender Begründung als unzulässig an: Es handle sich hier um eine "echte notwendige Streitgenossenschaft" (vgl. § 64 VwGO, § 62, 2. Alternative ZPO), die Notwendigkeit der streitgenössischen Prozeßführung sei als Mangel der Prozeßführungsbefugnis, d. h. als Prozeßvoraussetzung, in jeder Lage des Verfahrens von Amts wegen zu berücksichtigen. Der BayVGh ⁴⁾ kommt für den Rechtsbehelf eines Miterben zu ganz anderen Ergebnissen: Hier liege eine "notwendig einheitliche Feststellung" (vgl. § 62, 1. Alternative ZPO) gegenüber allen Erben vor, der Rechtsbehelf des einen wahre über die Vertretungswirkung des § 62 ZPO die Frist für alle. Zum gleichen Ergebnis kam übrigens auch das VG Ansbach im - unveröffentlichten - Instanzzurteil, freilich unter Anwendung gerade der anderen Alternative des § 62 ZPO, der notwendigen Streitgenossenschaft "aus einem sonstigen Grund". Schunck-de Clerck ⁵⁾ sehen die Notwendigkeit der Streitgenossenschaft - und zwar nach beiden Alternativen des § 62 ZPO - als Prozeßvoraussetzung an, stellen fest, daß nach dem Wortlaut der Normen die Voraussetzungen der notwendigen Streitgenossenschaft bzw. Beiladung die gleichen seien, folgen aber, Beiladung scheide gerade dann aus, wenn der Dritte als Streitgenosse in Frage komme. Bauer ⁶⁾ dagegen glaubt, der "Mangel der unvollständigen Aktiv- oder Passivlegitimation bei notwendiger Streitgenossenschaft" könne durch Beiladung beseitigt werden.

Mag manchen dieser Ausführungen auch in Ergebnis und Begründung teilweise zuzustimmen sein, so geben doch die gewählten Formulierungen Anlaß zu vielen Mißverständnissen. Im folgenden soll daher versucht werden, die jeweiligen Voraussetzungen der notwendigen Beiladung und der notwendigen Streitgenossenschaft sowie das Verhältnis der beiden Rechtsinstitute auch in ihren Folgen zueinander sowie die Einordnung gegenüber Prozeßführungsbefugnis und Klagebefugnis zusammenfassend darzustellen.

3) DVBl. 1956, 791

4) BayVBl. 61, 24/25

5) Anm. 3b zu § 64 VwGO, Anm. 3b zu § 65 VwGO

6) DÖV 1949, 226/227

2.2 Voraussetzungen der notwendigen Beiladung nach § 65 Abs. 2 VwGO

§ 65 Abs. 2 VwGO setzt zweierlei voraus,

- (a) daß die zu erwartende gerichtliche Entscheidung gegenüber mehreren Rechtssubjekten nur einheitlich ergehen kann und
- (b) daß eines dieser Rechtssubjekte am Prozeß bisher nicht beteiligt ist ("Dritte").

Beide Voraussetzungen sollen etwas näher erörtert werden.

Zur notwendig einheitlichen Entscheidung kann auf das oben zu 1. näher Ausgeführte zurückgegriffen werden. Sie liegt vor, wenn und soweit durch das Urteil mehrere Personen betroffen, d. h. in ihrer Rechtssphäre positiv oder negativ beeinflusst sein können. Das Rechtsinstitut des § 65 Abs. 2 VwGO hat den Sinn, daß überhaupt entschieden werden kann.⁷⁾ Bei einer bestimmten Sach- und Rechtslage besteht die Möglichkeit, daß eine gerichtliche Sachentscheidung neben der Rechtssphäre der eigentlichen Prozeßparteien auch die eines bisher nicht beigezogenen Dritten betrifft, auf seine Rechte oder rechtlich geschützten Interessen einwirkt. Als hierfür genügend wird allgemein anerkannt, wenn dies bei einer nur abstrakt denkbaren Entscheidung (Erfolg oder Mißerfolg der Klage) der Fall wäre; die Aussichten der Klage sind in diesem Stadium ebensowenig zu prüfen wie ihre Zulässigkeit.⁸⁾ Kann der Dritte derart betroffen werden, so erfordert bereits Art. 103 Abs. 1 GG, daß ihm rechtliches Gehör eingeräumt wird, andernfalls könnte eine Entscheidung nicht ergehen. § 65 Abs. 2 VwGO stellt damit wohl auch eine Konkretisierung dieses Verfassungsgebots für den Verwaltungsprozeß dar. Dabei sind für den Begriff der Entscheidung die von dem späteren Urteil ausgehenden Rechtswirkungen maßgeblich. Dieses Urteil, nicht etwa der angefochtene oder begehrte VA, ist zunächst auf die möglichen Regelungen zu untersuchen.⁹⁾ Andererseits sind dabei gerade die materiellen rechtlichen Wirkungen des Urteils heranzuziehen; damit gewinnt z. B. bei der hier v. a. interessierenden Anfechtungsklage neben dem zugrundeliegenden materiellen Recht auch der angefochtene VA entscheidende Bedeutung. Möglicher Inhalt eines Urteils ist ja hier die Bestätigung (Klageabweisung) oder die

7) Nahezu allg. Meinung; vgl. etwa Eyermann-Fröhler, RNR. 26 zu § 65 VwGO

8) Vgl. Eyermann-Fröhler, RNR. 15 zu § 65 VwGO

9) So auch Eyermann-Fröhler, RNR. 19 zu § 65 VwGO

Aufhebung des VA. Die Regelung des Urteils ist damit mit den Rechtswirkungen des VA entweder völlig identisch oder beseitigt sie ganz oder teilweise und stimmt dann als "Negativ" ebenfalls mit ihnen überein. Für die Frage, wer betroffen ist, besteht daher bei Anfechtungsklagen zwischen den Wirkungen des VA und des Gerichtsurteils praktisch kaum ein Unterschied: es kann lediglich hier Belastung werden, was dort Begünstigung war und umgekehrt. Die oben getroffene Feststellung, maßgeblich für die Beurteilung notwendiger Einheitlichkeit sei das Gerichtsurteil, nicht der zugrundeliegende VA, erscheint damit zunächst von geringer Bedeutung. Es soll aber nochmals betont werden, daß sie zutreffend ist. In besonderen Prozeßsituationen kann dies zudem für die Frage, ob notwendig beizuladen ist, durchaus entscheidend werden, wie sich später noch zeigen wird.

Die zweite Voraussetzung der Beiladung, daß der durch die Entscheidung notwendig mitbetroffene "Dritte" am Prozeß bisher nicht teilnahm,¹⁰⁾ ist an sich schon nach dem Wortlaut der Vorschrift selbstverständlich. Diese Tatsache muß jedoch nochmals herausgestellt werden, da gerade hier der wesentliche - leider oft nicht klar genug erkannte oder ausgesprochene - Unterschied zur notwendigen Streitgenossenschaft liegt.

2.3 Voraussetzungen der notwendigen Streitgenossenschaft des § 62 ZPO (§ 64 VwGO)

Auch hier stellt das Gesetz zwei Voraussetzungen auf, nämlich

- (a) Auftreten mehrerer Streitgenossen und
- (b) Erforderlichkeit einheitlicher Feststellung oder unabdingbare gemeinschaftliche Prozeßführung "aus einem sonstigen Grund".

Zweck des § 62 ZPO ist es nicht, überhaupt eine Entscheidung zu ermöglichen (wie bei § 65 Abs. 2 VwGO), vielmehr den Prozeßverlauf und damit das Prozeßergebnis gegenüber mehreren Personen zu vereinheitlichen, wenn deren Rechte eng miteinander zusammenhängen. Im Gegensatz zu § 65 Abs. 2 VwGO geht § 62 ZPO davon aus, daß mehrere Rechtssubjekte bereits als "Streitgenossen" auftreten, d. h. "gemeinschaftlich klagen oder verklagt werden" (vgl. § 59 ZPO). Sie müssen also, soll die Vorschrift überhaupt anwendbar werden, schon

10) Vgl. dazu auch Eyermann-Fröhler, RNr. 17 zu § 65 VwGO

vorher am gleichen Prozeß teilhaben, und zwar als Parteien. Entscheidend ist dabei nicht der Zeitpunkt der Klageerhebung, sondern die jeweils letzte Entwicklung. Streitgenossenschaft kann also auch durch Parteibeitritt und vor allem durch gerichtliche Klageverbindung gemäß § 93 VwGO entstehen, andererseits auch durch Trennung nach § 93 VwGO erlöschen.

Zusätzlich wird - zur Unterscheidung von der einfachen Streitgenossenschaft des § 59 ZPO - eine besondere Beziehung beider Parteien zum Streitgegenstand verlangt. Es bestehen hier folgende zwei Möglichkeiten:

Die 1. Alternative des § 62 ZPO setzt voraus, daß "das Rechtsverhältnis allen Streitgenossen gegenüber nur einheitlich festgestellt" werden kann. Das ist völlig identisch mit der Voraussetzung des § 65 Abs. 2 VwGO, daß "die Entscheidung über das streitige Rechtsverhältnis" allen gegenüber "nur einheitlich ergehen kann". Wir haben es also im Verwaltungsprozeß auch hier mit dem Fall zu tun, daß das Urteil mehrere Personen "betrifft", d. h. belastet oder begünstigt; nur sind diese Personen bereits Parteien im Verfahren. Ein ganz anderer Fall, der sich mit § 65 Abs. 2 VwGO nicht vergleichen läßt, ist die 2. Alternative des § 62 ZPO, die notwendige Streitgenossenschaft "aus einem sonstigen Grunde". Die ganz überwiegende Rechtsprechung und Lehre sieht hier den Fall einer nur gemeinschaftlichen Prozeßführungsbefugnis angesprochen:¹¹⁾

Eine nur gemeinsam vorhandene materiellrechtliche Verfügungsbefugnis zwingt zunächst, was in § 62 ZPO allerdings überhaupt nicht geregelt ist, zu gemeinsamer Klage durch oder gegen die Personenmehrheit. Darüber hinaus muß gesichert werden, daß auch bei gemeinsamer Prozeßführung die materiellrechtliche Verfügungsmacht nur einheitlich ausgeübt wird. Dafür aber sorgt vor allem die in § 62 ZPO als Rechtsfolge angeordnete Vertretungsfiktion. Auch im Verwaltungsprozeß spielen hier nicht Fragen des mehrfachen Betroffenseins, sondern solche der nur gemeinsam bestehenden Verfügungsmacht die maßgebliche Rolle.

2.4 Verhältnis zwischen § 65 Abs. 2 VwGO und §§ 64 VwGO, 62 ZPO sowie Klage- und Prozeßführungsbefugnis

Zur Aufhellung muß zunächst einmal ganz deutlich zwischen den Voraussetzungen und den Folgen eines Rechtsinstitutes unterschieden

11) Vgl. etwa Thomas-Putzo, Anm. 2 zu § 62 ZPO; BGH NJW 1962, 636

werden. Ferner sind Voraussetzungen bzw. Folgen verwandter Rechtsinstitute eindeutig auseinanderzuhalten.

Voraussetzungen: Man hat zwei völlig unterschiedliche tatsächliche -"materielle" - Ausgangslagen zu unterscheiden, deren prozessuale Bewältigung zur Debatte steht. Einmal können durch VA mehrere Rechtssubjekte " b e t r o f f e n " werden, sei er bereits erlassen oder stehe er bevor. Soweit eine negative Einwirkung, also Belastung vorliegt, steht damit die Klagebefugnis außer Zweifel. Dieser Akt ist hier - bzw. war - eine "notwendig einheitliche Entscheidung" mehreren Personen gegenüber. Steht im Prozeß seine Aufhebung bzw. die Verpflichtung zu seinem Erlaß in Frage, so ist auch die gerichtliche Entscheidung darüber notwendig einheitlich. Zum anderen ist die Erscheinung nicht selten, daß eine Person allein über einen Gegenstand nach materiellem Recht n i c h t v e r f ü g e n kann, sondern hierzu der Mitwirkung anderer - Mitbeteiligter - bedarf. Im Prozeß könnte das Urteil einer solchen Verfügung gleichkommen, deren Funktion übernehmen; die materielle Verfügungsbefugnis prägt sich hier in der Prozeßführungsbefugnis aus. Diese beiden Situationen müssen in ihren Voraussetzungen sehr genau auseinandergehalten werden. Betroffensein mehrerer hängt nicht von gemeinsamer Verfügungsbefugnis ab, ebensowenig umgekehrt.

Folgen: Ebenso sorgfältig sind die Rechtsfolgen zu unterscheiden. Hier treten zwei unterschiedliche Probleme auf, je nachdem, ob bisher nur einer der Betroffenen bzw. Verfügungsbefugten am Prozeß teilhat oder ob bereits alle beteiligt sind. Im ersten Fall ist die Frage zu beantworten, ob auch der andere beizuziehen ist, im zweiten Fall die Frage, wie es prozessual bewältigt werden kann, wenn sich die beiden im Prozeß unterschiedlich verhalten. Klagt n u r e i n Betroffener bzw. Verfügungsbefugter, so entsteht die Notwendigkeit einer prozessualen Regelung, die auch den Dritten schützt bzw. eine Sachentscheidung überhaupt erst ermöglicht. Bei Klage eines von mehreren Betroffenen, damit grundsätzlich auch Klagebefugten, schafft die notwendige Beiladung des § 65 Abs. 2 VwGO die Möglichkeit und Pflicht für das Gericht, auch den (oder die) anderen ins Verfahren einzubeziehen. Bei Klage eines allein nicht Verfügungsbefugten dagegen ist das nicht denkbar: Der nicht beteiligte Mitberechtigte soll ja gerade frei sein, eine isolierte "Verfügung" des einen durch Prozeßführung soll verhindert werden. Das Rechtsinstitut der Prozeßführungsbefugnis als Prozeßvoraussetzung

bestimmt, daß sachlicher Rechtsschutz hier nur allen gemeinsam gewährt wird; die Klage wäre daher als unzulässig abzuweisen. Völlig anders ist die Sachlage, wenn m e h r e r e Personen als Parteien auf gleicher Seite am Prozeß schon beteiligt sind, d. h. bereits gemeinschaftlich klagen oder verklagt werden. Mag hier gemeinsames Betroffensein vorliegen oder gemeinschaftliche Verfügungsbefugnis zu verlangen sein, stets soll gesichert werden, daß beiden gegenüber eine einheitliche Sachentscheidung zustandekommt. Dies beruht auf der besonders engen Beziehung und Wechselwirkung zwischen den materiellen Rechtsstellungen der Parteien, der in beiden Fällen auch prozessual Rechnung getragen werden soll. Für beide Alternativen des § 62 ZPO, die ja jeweils einen unserer Fälle umfassen, erfolgt das einheitlich durch die in dieser Vorschrift angeordnete Vertretungswirkung. Der aktive Streitgenosse wird privilegiert; die Untätigkeit des anderen wird, hat er einmal mit Klage erhoben, aber auch nur dann, als unbeachtlich angesehen. Eine übereinstimmende Regelung schafft übrigens § 66 Satz 2 VwGO für den tatsächlich Beigeladenen: Falls die einheitliche Entscheidung, damit die Beiladung "notwendig" im Rechtssinne ist, steht er einem notwendigen Streitgenossen gleich, es gilt damit insbesondere die Vertretungsfiktion des § 62 ZPO.

Als Zwischenergebnis läßt sich zusammenfassen: Je nach Prozeßsituation - Auftreten nur eines einzigen oder mehrerer als Kläger, Beklagte - entscheidet sich

- (a) aus der Frage des Betroffenseins nur des einen oder mehrerer: neben der Prozeßvoraussetzung der Klagebefugnis die Notwendigkeit der Beiladung und die Vertretungsfiktion nach § 62, 1. Alternative ZPO,
- (b) aus der Frage der Verfügungsbefugnis des einen oder mehrerer: die Prozeßvoraussetzung der Prozeßführungsbefugnis und die Vertretungsfiktion nach § 62, 2. Alternative ZPO.

3. Die Rechtslage bei privaten Gegenrechten Dritter

3.1 Notwendige Beiladung

3.1.1 Klage des Adressaten gegen Hauptakt

In § 18 Abschnitt 1 wurde festgestellt, daß der Dritte vom Hauptakt grundsätzlich nicht betroffen wird. Dasselbe muß für dessen mögliche Bestätigung bzw. Aufhebung durch verwaltungsgerichtliches Urteil gelten. Dieses Urteil ist daher bei Klage des Adressaten nicht "notwendig einheitlich" auch gegenüber dem Dritten; dieser muß nicht nach § 65 Abs. 2 VwGO beigeladen werden.

Hiergegen haben sich allerdings in Rechtsprechung und Rechtslehre auch Gegenstimmen erhoben: Das BVerwG ¹²⁾ geht zunächst in ständiger Rechtsprechung davon aus, daß Durchsetzung des Hauptaktes (z. B. Beseitigungsanordnung gegen einen Miteigentümer) nur erzwungen werden könne, wenn auch gegenüber dem Dritten, der private Gegenrechte hat, eine unanfechtbare Beseitigungsanordnung vorliege. Jedoch betrachtete das Gericht in einer früheren - inzwischen aufgegebenen ¹³⁾ Entscheidung diesen Ergänzungsakt als ~~akt~~ ersetzbar durch Beiladung des Dritten und folgte hieraus ohne nähere Begründung die Notwendigkeit solcher Beiladung. Der VGH Stuttgart ¹⁴⁾ leitet bei einem bestehenden Mietverhältnis die notwendig einheitliche Entscheidung, damit eine Beiladung nach § 65 Abs. 2 VwGO, vor allem aus folgender Überlegung her: Entweder sei das Beseitigungsverlangen rechtens oder nicht; es könne aber nicht dem Mieter gegenüber berechtigt, dem Eigentümer gegenüber unberechtigt sein oder umgekehrt. Nach Martens ¹⁵⁾ enthält ein solcher Bescheid, auch wenn er nur gegenüber einem der Beteiligten ergeht, die Feststellung, das Gebäude usw. sei materiell polizeiwidrig. Diese Feststellung sei auch dem Dritten gegenüber notwendig einheitlich, der infolgedessen beizuladen sei, wenn der eigentliche Adressat klage. Auch der Dritte sei dieser Feststellung gegenüber "prozeßführungsbefugt"; da seine Zustimmung zur Durchführung des VA nötig sei, dürfe die Rechtskraft nicht ohne seine Mitwirkung eintreten.

12) DVBl. 1966, 792; BayVBl. 1973, 161/162 m.w.N.

13) DVBl. 66, 792, aufgegeben in BayVBl. 73, 162

14) VerwRSpr. 9, 976/979

15) VerwArch. 1969, 197/225 und 226

All diese Begründungen sind jedoch nach der hier vertretenen Auffassung nicht stichhaltig. ¹⁶⁾ Bereits im Ausgangspunkt ist die Meinung des BVerwG zumindest sehr angreifbar und inzwischen ja auch aufgegeben; in § 8 Abschnitt 3 wurde der nähere Nachweis versucht, daß eine Beiladung des Dritten die notwendige Zustimmung zu dem vom Adressaten verlangten Verhalten überhaupt nicht ersetzen kann. Selbst wenn man aber das Gegenteil unterstellen wollte, wäre daraus keineswegs die Notwendigkeit einer Beiladung herzuleiten. § 65 Abs. 2 VwGO ist keine Vorschrift, die allein im Interesse der Prozeß- oder gar Verwaltungsökonomie geschaffen wurde. Die Norm dient keineswegs der Heilung von Fehlern der Behörde, die das materielle Verwaltungsrecht oder das Verwaltungsverfahrenrecht betreffen. ¹⁷⁾ Die notwendige Einheitlichkeit der gerichtlichen Entscheidung, auf die allein es ankommt, darf nicht daraus hergeleitet werden, daß unter Umständen im Verwaltungsverfahren eine einheitliche Entscheidung notwendig gewesen wäre. Erging der angefochtene VA fehlerhaft allein gegenüber einer Person, hatte er ausschließlich eine Regelung ihr gegenüber zum Inhalt und zur Folge, so hat das Gericht auch von dieser Tatsache auszugehen und darf nur über diese Rechtsfolge entscheiden. Ist der VA fehlerhaft, gerade weil er nicht zugleich eine Regelung gegenüber dem Dritten aussprach, so hat das Gericht den isolierten VA eben allein schon deswegen aufzuheben, nicht aber kann es über das Institut der notwendigen Beiladung den Versuch einer "Heilung" dieses Fehlers unternehmen. Das Gericht würde hier Funktionen der Verwaltungsbehörde wahrnehmen, die ihm nicht zustehen, und würde damit gegen den Grundsatz der Gewaltenteilung verstoßen. Der VGH Stuttgart nun hält verschiedene Beurteilung der Rechtmäßigkeit des verlangten Verhaltens gegenüber beiden Beteiligten für logisch undenkbar; dasselbe nimmt Martens für die in jedem Gebot enthaltene Feststellung der materiellen Polizeiwidrigkeit an. Beide verquicken hier jedoch die notwendige Gleichheit von zwei Entscheidungen mit der notwendigen Einheitlichkeit einer einzigen Entscheidung. Daß zwei Entscheidungen einander widersprechen würden, macht sie noch nicht zu einer notwendig einheitlichen Entscheidung, genügt nicht für die Erfüllung

16) Ebenso im Ergebnis Bettermann, DVBl. 66, 793

17) A.A. zu Unrecht Martens, a.a.O., S. 226; wie hier: Bettermann, a.a.O., der fordert, das Gericht müsse dann "der Anfechtungsklage stattgeben".

der Voraussetzungen des § 65 Abs. 2 VwGO.¹⁸⁾ Auch Martens' Herleitung notwendiger Beiladung aus der Prozeßführungsbefugnis des Dritten überzeugt nicht. Einmal ist der Adressat trotz fehlender privatrechtlicher Zustimmung des Dritten durchaus allein prozeßführungsbefugt,¹⁹⁾ kann also auch isoliert klagen. Der VA betrifft ihn in einer Rechtsstellung, die ihm allein zusteht, über die er verfügen, die er damit auch im Prozeß geltend machen kann. Im übrigen hätte selbst fehlende alleinige Prozeßführungsbefugnis des Klägers nicht eine notwendige Beiladung des Dritten zur Folge. Martens unterliegt hier wohl einer Verwechslung des § 62 ZPO mit § 65 Abs. 2 VwGO. Fehlendes alleiniges Prozeßführungsrecht wäre ein Fall der notwendig gemeinschaftlichen Prozeßführung (§ 62, 2. Alternative ZPO), nicht der notwendig einheitlichen Feststellung (§ 62, 1. Alternative ZPO, § 65 Abs. 2 VwGO). Bei isoliert erhobener Klage hätte keineswegs notwendige Beiladung des Dritten zu erfolgen, sondern Abweisung der Klage als unzulässig mangels alleiniger Prozeßführungsbefugnis. Heilung mangelnder Prozeßführungsbefugnis über § 65 Abs. 2 VwGO ist ebenso abzulehnen wie die Heilung mangelnder Vollstreckbarkeit auf diesem Wege. Der Sinn der Sachurteilsvoraussetzung "Prozeßführungsbefugnis" wäre hier völlig verfehlt. Es könnte damit jeder nicht allein Verfügungsbefugte klagen und über die Beiladung nach § 65 Abs. 2 VwGO den anderen Berechtigten in einen Prozeß, damit in eine Verfügung hineinzwingen. Das gerade soll jedoch vermieden werden. Allein entscheidend und nochmals zu betonen ist daher: Der Dritte ist vom Hauptakt nicht betroffen, ebensowenig durch ein zu erwartendes verwaltungsgerichtliches Urteil auf Anfechtungsklage des Adressaten hin. Die Entscheidung ist also nicht notwendig einheitlich; der Dritte muß nicht gemäß § 65 Abs. 2 VwGO beigelesen werden.

Freilich dürfen hier die Fälle nicht vergessen werden, in denen auch der Dritte ausnahmsweise bereits durch den Hauptakt belastet wird. In Betracht kommen im wesentlichen Verwaltungsbefehle mit gesetzlich vorgesehenen Duldungspflichten auch für Dritte (z. B. §§ 11 ff. BLG) sowie bestimmte Vollstreckungsmaßnahmen (Ersatzvornahme oder unmittelbarer Zwang). Hier liegen jeweils echte doppeltbelastende Verwaltungsakte vor;²⁰⁾ bei Anfechtungsklage des

18) So z. B. auch Eyermann-Fröhler, RNRn. 27 und 28 zu § 65 VwGO; vgl. auch schon näher die Ausführungen in Abschnitt 1.2.

19) Vgl. im einzelnen § 19 Abschnitt 4.2

20) Vgl. im einzelnen § 18 Abschnitte 1.5 bzw. 2.2

Adressaten muß also der Dritte gemäß § 65 Abs. 2 VwGO beigeladen werden. Die Aufhebung des VA durch Urteil könnte seine Rechtsstellung unmittelbar verändern, hier verbessern.²¹⁾ Genauso wird man den Fall behandeln müssen, wenn eindeutig fehlerhaft gegen eine Gemeinschaft als solche ein VA erging, anstatt gegen die einzelnen Gemeinschaftler. Ist selbst im Wege der Auslegung eine Aufspaltung in mehrere gleichlautende Anordnungen an alle einzelnen nach den Umständen nicht möglich, so sind hier auch alle einzelnen Gemeinschaftler durch einen einheitlichen Verwaltungsbefehl in ihren Rechten verletzt.²²⁾ Klagt einer, so sind die anderen notwendig beizuladen. Anders dagegen verhält es sich allerdings, werden an einen oder mehrere Gemeinschaftler Einzelverwaltungsakte gerichtet, die ja nicht in die Rechtssphäre der anderen eingreifen.²³⁾ Nicht betroffen, damit auch bei Klage des Adressaten nicht notwendig beizuladen, ist der Dritte schließlich bei Einschränkung seiner Rechtsstellung kraft Gesetzes (Fall des § 35 GewO) oder kraft besonderer vertraglicher Vereinbarung.²⁴⁾

3.1.2 Klage des Dritten gegen Hauptakt

Hier entsteht die Frage, ob der eigentliche Adressat beizuladen ist. Daß eine Klage des privat berechtigten Dritten gegen den Hauptakt in aller Regel unzulässig ist, hindert, wie schon gesagt, die Anwendung des § 65 Abs. 2 VwGO nicht. Allein maßgebend ist, ob - abstrakt gesehen ²⁵⁾ - auch der Adressat vom Urteil betroffen werden, ob seine Rechtsstellung sich dadurch möglicherweise verändern könnte. Die Klage des Dritten kann nur nach diesen Kriterien zu einer Aufhebung des VA führen. Dadurch würde der am Prozeß nicht unmittelbar beteiligte eigentliche Adressat des Hauptakts ohne Zweifel "begünstigt". Dann aber kann die Entscheidung nicht ohne seine Beteiligung in Rechtskraft erwachsen; sie ist notwendig einheitlich, der Adressat ist beizuladen. Dies ist ein typischer Fall, in dem für die Notwendigkeit der Beiladung weder der

21) Daß § 65 Abs. 2 auch eingreift, wenn ausschließlich eine Begünstigung in Frage kommt, steht außer Streit.

22) Vgl. § 18 Abschnitt 3.3

23) Vgl. § 18 Abschnitte 3.1 und 3.2

24) Vgl. § 18 Abschnitt 1.5

25) Dies allein ist entscheidend, da eine Entscheidung über die Beiladung nicht den späteren Prozeßausgang vorwegnehmen darf; vgl. auch Eyer mann-Fröhler, RNR. 15 zu § 65 VwGO.

erlassene VA (= ob er Doppelwirkung hat) noch die materielle Rechtslage (= ob ein VA mit Doppelwirkung hätte erlassen werden müssen), sondern die Prozeßsituation (gerade der Dritte hat Klage erhoben) von entscheidender Bedeutung wird.

3.1.3 Klagen gegen Ergänzungsakt

Das vorher Gesagte gilt hier mit umgekehrter Rollenverteilung: Betroffen durch den Ergänzungsakt ist grundsätzlich allein der von ihm unmittelbar angesprochene privat berechnigte Dritte. Der Adressat des Hauptakts wird hier weder belastet, noch etwa durch die Ersetzung der Zustimmung begünstigt;²⁶⁾ er kann damit auch nicht von der gerichtlichen Entscheidung betroffen werden. Folglich muß bei (unzulässiger) Klage des Hauptakts-Adressaten zwar der Dritte, nicht aber muß bei Klage des Dritten der Adressat des Hauptakts beigeladen werden. Ohne Belang ist dabei, ob der Ergänzungsakt im Einzelfall lediglich die Zustimmung ersetzt, ein zusätzliches Duldungsgebot enthält oder vom Dritten eine Handlung verlangt.

3.2 Notwendige Streitgenossenschaft

Auch hier wurden Fragen vor allem bei Verwaltungsakten aufgeworfen, die sich gegen Gemeinschaften oder ihre einzelnen Mitglieder richteten; sie sind aber für alle Fälle privater Gegenrechte von gleicher Bedeutung. Zu prüfen ist, ob die Voraussetzungen des § 62 ZPO erfüllt sind, ob bei gemeinschaftlich erhobener Klage die Rechtsfolgen der §§ 62 ff. ZPO (i.V.m. § 64 VwGO) eintreten können, d. h. vor allem die Vertretungsfiktion des § 62 ZPO.

Notwendige Streitgenossenschaft "aus sonstigem Grunde" (§ 62, 2. Alternative ZPO) stellt auf die Prozeßführungsbefugnis ab. Bei allen Arten hier denkbarer Anordnungen ist der einzelne Gemeinschaftler, soweit er betroffen wird, auch allein verfügungs- und prozeßführungsbefugt.²⁷⁾ Eine Notwendigkeit zu gemeinschaftlicher Klageerhebung wegen sonst fehlender Prozeßführungsbefugnis bestand also für die Kläger nicht. Dann bleibt zu prüfen die 1. Alternative des § 62 ZPO, die "notwendig einheitliche Feststellung". Hier kann

26) Vgl. § 18 Abschnitt 2.1

27) Vgl. § 19 Abschnitt 4.2

zunächst auf die Erörterungen oben 3.1.1 zurückgegriffen werden, die rechtlichen Voraussetzungen von notwendiger Beiladung und notwendiger Streitgenossenschaft stimmen insoweit ja überein: Durch einen einzigen VA werden hier (nur) in Sonderfällen mehrere Personen gleichzeitig in ihren Rechten betroffen, nämlich dann, wenn sich dieser VA fehlerhaft an eine Gemeinschaft als solche richtet, oder bei gesetzlich vorgesehenen Duldungspflichten bzw. bei den Vollstreckungsmaßnahmen der Ersatzvornahme und des unmittelbaren Zwangs. Hiergegen klagende Betroffene sind in diesen Fällen ohne weiteres notwendige Streitgenossen.

Anders scheint es dagegen zunächst in allen sonstigen Fällen zu sein, ist doch dort stets jeder einzelne allein durch den an ihn gerichteten Akt betroffen, hat doch keiner der Verwaltungsakte Doppelwirkung. Hier zeigt sich freilich erneut, daß es für die notwendige Einheitlichkeit der Entscheidung neben dem materiellen Recht und dem Inhalt des VA entscheidend mit auf die prozessuale Situation ankommt: Es wurde bereits ausgeführt, daß der Adressat bei Klage des Dritten dann notwendig beizuladen ist, wenn sich diese Klage gegen den Hauptakt richtet, und daß ebenso die Beiladung des Dritten erfolgen muß, geht der Adressat des Hauptakts gegen den Ergänzungsakt vor. Obwohl in beiden Fällen nur der Beizuladende, nicht aber der Kläger vom angefochtenen VA tatsächlich betroffen wird, liegt hier eine notwendig einheitliche Entscheidung vor; die Erfolgsaussichten der Klage dürfen in diesem Stadium nicht geprüft werden. Die gleiche Erwägung trifft aber für die Beurteilung zu, ob bei mehreren Klägern notwendige Streitgenossenschaft anzunehmen ist. Selbst wenn mit Sicherheit eine von mehreren Klagen schon mangels Klagebefugnis unzulässig ist, treten daher unter Umständen die Rechtsfolgen des § 62 ZPO ein. Im Ergebnis ist damit notwendige Streitgenossenschaft zu bejahen, wenn beide Streitgenossen gegen denselben VA klagen; dabei ist es egal, ob es sich um einen Haupt- oder einen Ergänzungsakt handelt.

Diese Sondersituation ist freilich dann nicht gegeben, wenn die Beteiligten gegen verschiedene Verwaltungsakte vorgehen. Klagt der Adressat gegen den Hauptakt, der Dritte gegen den Ergänzungsakt, so können beide Prozesse voneinander unabhängig laufen. Ebensowenig wie notwendige Beiladung zu erfolgen hat, liegt notwendige Streitgenossenschaft vor.

Als dritter Fall bleibt schließlich übrig, daß sich der Adressat gegen den Ergänzungsakt, der Dritte gegen den Hauptakt wendet. Mag das in der Praxis auch kaum denkbar sein, ja mag der Fall völlig konstruiert erscheinen, so bringt er doch dogmatisch eine interessante Variante: Hätte nur einer geklagt, so wäre der andere notwendig beizuladen gewesen. Das kann dann grundsätzlich nicht anders sein, wenn beide zwar ungefähr gleichzeitig, aber nicht gemeinsam Prozesse anstrengen; sie werden damit noch nicht Streitgenossen. Das Gericht hätte also im Prozeß des A den B, im Prozeß des B den A beizuladen. Freilich steht hier wahlweise der einfachere Weg der gerichtlichen Klageverbindung nach § 93 VwGO offen. Schlägt ihn das Gericht ein, so werden A und B Streitgenossen ²⁸⁾ - und zwar notwendige, da ja jeder gerade durch den VA betroffen wird, gegen den der andere klagt. Über §§ 93, 64 VwGO treten damit rechtlich zumindest bzgl. der Vertretungswirkung dieselben Folgen ein wie bei wechselseitiger Beiladung nach § 65 Abs. 2, § 66 Satz 2 VwGO. Tatsächlich und praktisch freilich werden Prozeßsituation und Prozeßführung für Gericht und Beteiligte wesentlich einfacher und übersichtlicher. Es findet ein einheitliches Verfahren über die zwar rechtlich zu trennenden, tatsächlich aber eng zusammenhängenden beiden Klagen statt.

28) Eyermann-Fröhler, RNr. 8 zu § 93 VwGO

§ 21 Einfache Beiladung - einfache Streitgenossenschaft

1. Die Voraussetzungen der einfachen Beiladung

1.1 Verhältnis zu Voraussetzungen der notwendigen Beiladung

1.2 Der Begriff der "Berührung" in Rechten

2. Einfache Beiladung bei privaten, Gegenrechten Dritter

2.1 Klage des Adressaten gegen Hauptakt

2.2 Klage des Dritten gegen Ergänzungsakt

2.3 Sonderfälle

3. Einfache Streitgenossenschaft

3.1 Wesen und Verhältnis zu anderen Rechtsinstituten

3.2 Zulässigkeit gemeinschaftlicher Klage bei privaten
Gegenrechten Dritter

./.

1. Die Voraussetzungen der einfachen Beiladung

1.1 Verhältnis zu Voraussetzungen der notwendigen Beiladung

Im vorhergehenden § 20 wurde festgestellt, daß notwendige Beiladung erfolgt, wenn jemand, der nicht Partei ist, durch das Urteil "betroffen", wenn auf seine Rechte unmittelbar eingewirkt werden kann. Ein Vergleich der Formulierungen in § 65 Absatz 1 und 2 VwGO kann entscheidende Hinweise auch darauf geben, wann die Voraussetzungen der einfachen Beiladung vorliegen.

Zunächst einmal ist unter der "Entscheidung", die auch Dritten gegenüber "nur einheitlich ergehen kann" (§ 65 Abs. 1 VwGO) bzw. durch die "rechtlichen Interessen" anderer "berührt werden" (§ 65 Abs. 2 VwGO), jeweils dasselbe zu verstehen, zu unterschiedlicher Auslegung fehlt jeglicher vernünftige Anlaß. Dann aber müssen entweder die "rechtlichen Interessen" weiter als die Rechte sein, die zu notwendiger Beiladung führen oder es muß die "Berührung" über die "notwendige Einheitlichkeit", d. h. unmittelbare Einwirkung, hinausgehen. Die beiden Rechtsinstitute stehen ja in einer Art Stufenverhältnis, die Voraussetzungen der notwendigen Beiladung sind - schon wegen ihrer gewichtigeren Folgen - enger als die der einfachen Beiladung.

Bereits eingehend dargelegt wurde, daß die "Rechte", deren Einschränkung für § 42 Abs. 2, § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO und auch für § 65 Abs. 2 VwGO bedeutsam werden kann, ganz umfassend zu verstehen sind, daß vor allem auch alle "rechtlich geschützten Interessen" darunter fallen.¹⁾ Ein Gegensatz hierzu sind bloße wirtschaftliche, soziale, kulturelle, finanzielle Interessen, nicht aber die "rechtlichen" Interessen. Unter ihnen ist nichts anderes zu verstehen als rechtlich geschützte Interessen im Sinne der Rechtsprechung und Literatur zu §§ 42 Abs. 2, 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO.

1.2 Der Begriff der "Berührung" in Rechten

Damit bleibt als einzige Abgrenzungsmöglichkeit zwischen notwendiger und einfacher Beiladung die Formulierung "berührt" in § 65 Abs. 1 VwGO gegenüber dem Betroffensein bei der "notwendig einheitlichen Entscheidung" des § 65 Abs. 2 VwGO. Die Literatur bringt hierzu oft etwas farblos erscheinende Ausführungen. So hält Wolff²⁾

1) Vgl. § 17 Abschnitt 3.1

2) Verwaltungsrecht III, § 171 II b) 1. (S. 377) (2.Auflage!)

"einen Eingriff für nicht erforderlich, verlangt Bauer,³⁾ das Interesse müsse "durch die Entscheidung des Rechtsstreits irgendwie bedingt oder bedroht, also zu seinem Nachteil geändert werden oder eine nachteilige Wendung erhalten", beschränkt sich Ule⁴⁾ auf die Feststellung, rechtliche Interessen müßten "weder verletzt noch gefährdet werden", läßt Bachof⁵⁾ "jeden Einfluß, den die Entscheidung auf die Rechtsstellung des Dritten ausüben könne", genügen. Die Rechtsprechung legt naturgemäß ohnehin mehr Wert auf die Entscheidung des anstehenden Einzelfalles und verzichtet gerade hier auf abstrakte Erläuterungen und die Einführung allgemein geltender Richtlinien. Das Ergebnis ist eine gewisse Kasuistik, auf deren nähere Zitierung verzichtet werden soll.⁶⁾

Allgemeine Aussagen setzen hier zunächst eine Beantwortung der Frage nach dem eigentlichen Zweck der einfachen Beiladung voraus. Allein diese teleologische Auslegung des § 65 Abs. 1 VwGO dürfte sinnvolle und nicht nur unverbindliche Feststellungen ermöglichen. Im wesentlichen werden drei Auffassungen vertreten,

- (a) die einfache Beiladung diene als Aufklärungszuwachs,⁷⁾
- (b) sie sei im Interesse der Prozeßökonomie geschaffen,⁸⁾
- (c) sie solle dem Dritten rechtliches Gehör sichern.⁹⁾

Dabei werden meist, was auf jeden Fall zutreffend sein dürfte, mehrere oder alle dieser drei Merkmale als Motive angesehen. Zu entscheiden bleibt die Frage, auf welches von ihnen das Hauptgewicht zu legen, wie die Akzente zu setzen sind. Je nach der hier getroffenen Entscheidung wird man für Einzelfälle, für Fallgruppen und für allgemeine Grundsätze und Auslegungsrichtlinien zu durchaus unterschiedlichen Ergebnissen gelangen. Letztlich ausschlaggebendes Ziel kann zunächst nicht der Aufklärungszuwachs sein; eine Zeugenvernehmung würde nämlich zu mindestens gleichwertigen Ergebnissen führen. Bei ihr stünden sogar Möglichkeiten zur Verfügung, eine Aussage zu erzwingen und auf ihren Wahrheitsgehalt

3) DÖV 1949, 189/192

4) Verwaltungsprozeßrecht § 22 I. 4 (S. 75)

5) DÖV 1949, 364/365; ähnlich auch Martens, VerwArch. 1969, 356/357

6) Vgl. dazu etwa Eyermann-Fröhler, RNrn. 20, 21 zu § 65, Redeker-von Oertzen, Anm. 6 zu § 65 VwGO

7) Bauer, DÖV 1949, 189/190; Bettermann, DVBl. 1951, 72/74 unter b)

8) Martens, a.a.O., S. 359; Bauer, a.a.O.; Bettermann, a.a.O., unter c); Ule, Verwaltungsprozeßrecht, S. 74

9) Bettermann, a.a.O., unter a)

nachdrücklich (Vereidigung) hinzuwirken, die gegenüber dem Beigeladenen entfallen. Überhaupt wäre die Beschränkung der Zulässigkeit einfacher Beiladung auf eine Berührung rechtlicher Interessen unverständlich, ja sinnwidrig. Wesentlich an der prozessualen Stellung des Beigeladenen ist bei genauer Überlegung schließlich auch nicht, daß er dem Gericht, sondern daß das Gericht ihm Informationen gibt, damit auch die Möglichkeit, seine Interessen näher darzulegen und angemessen zu vertreten. Dann bleibt lediglich die Frage zu beantworten, ob man diesen Interessenschutz in den anhängigen Prozeß mit hineinnehmen will, um dem Dritten zusätzlichen Rechtsschutz einzuräumen oder um über die Bindungswirkung neuerliche Streitigkeiten in der gleichen Sache zu vermeiden. Im ersten Fall wäre der erweiterte Grundsatz rechtlichen Gehörs maßgebend, im zweiten wären es prozeßökonomische Erwägungen. Zutreffend erscheint die erste Alternative, das Rechtsinstitut der einfachen Beiladung muß als Erweiterung des rechtlichen Gehörs über den Fall des Betroffenseins hinaus, d. h. außerhalb der verfassungsrechtlichen Notwendigkeit, angesehen werden. Erfüllt wird ein Gebot der "prozessualen Fairness", es sind die mittelbaren Wirkungen berücksichtigt, die von der Entscheidung auf Dritte ausstrahlen können. Dabei mag durchaus auch der Gedanke mitspielen, so könne neuer Streit vermieden werden, dieses Ziel ist jedoch - über § 121 VwGO hinaus - nicht positivgesetzlich ausgestaltet.¹⁰⁾ Nach dieser Vorschrift ist der Beigeladene an das Urteil zwar im Rahmen des Streitgegenstandes gebunden; er kann damit Beziehungen zwischen dem Kläger und dem Beklagten, über die rechtskräftig entschieden ist, nicht mehr zur Debatte stellen. Von dieser Bindungswirkung bleiben aber die Rechtsverhältnisse zwischen ihm selbst und den Parteien (oder anderen Personen), seine "rechtlichen Interessen", grundsätzlich unberührt. Allein ein Ausschluß weiterer Verfolgung dieser Interessen in einem neuerlichen Prozeß könnte aber die behauptete prozeßökonomische Wirkung zeitigen. Zweck der einfachen Beiladung bleibt damit die Erweiterung rechtlichen Gehörs; Aufklärungszuwachs und Prozeßökonomie mögen erwünschte Nebenfolgen sein: sie können

10) Nicht zugestimmt werden kann hier der Auffassung von Martens (a.a.O., S. 359), der aus § 173 VwGO Eintritt der zivilprozessualen Interventionswirkung des § 68 ZPO folgert. Der Beigeladene ist aber nicht Nebenintervenient, seine Rechtsstellung ist durch §§ 66, 121 VwGO abschließend geregelt.

und müssen aber für die Prüfung der Zulässigkeit einer Beiladung im Einzelfall außer Betracht bleiben.¹¹⁾

Was läßt sich nun hieraus für den Begriff der "Berührung" in Rechten folgern? Die einfache Beiladung soll, wie gesagt, weder Personen erfassen, die der Aufklärung dienlich sind, noch solche, deren Rechtsverhältnisse durch die gerichtliche Entscheidung präjudiziert werden. Nach § 65 Abs. 1 VwGO dürfen vielmehr all diejenigen beteiligt werden, für deren Rechtssphäre sich Auswirkungen ergeben können, wenn auch nicht unbedingt ergeben müssen. Diese Möglichkeit wird gerade dann bestehen, wenn eine der Parteien des Rechtsstreites spätere Handlungen vom jetzigen Prozeßausgang abhängig macht oder machen muß und diese Handlungen die Rechtssphäre eines Dritten beeinflussen können. Hier den Dritten anzuhören, ihm schon jetzt die Möglichkeit der Verteidigung oder des Angriffs einzuräumen, ist eine der wesentlichen Aufgaben des Institutes der einfachen Beiladung. Das aber ist genau der bereits näher erörterte Fall eines lediglich "mittelbaren" Betroffenseins des Dritten durch die Entscheidung.¹²⁾ Zwar wird auf seine Rechtssphäre eingewirkt, jedoch nicht durch die Entscheidung selbst, sondern erst durch ein späteres von ihr (mit-)motiviertes Handeln einer Prozeßpartei. Der Begriff der Berührung umfaßt daher insbesondere die Sachlage einer nur mittelbaren Einwirkung. Bei unmittelbarem Betroffensein muß (§ 65 Abs. 2 VwGO), bei mittelbarem Betroffensein kann (§ 65 Abs. 1 VwGO) Beiladung erfolgen.

Zu beachten ist noch eine doppelte Eventualität: Einmal genügt, genau wie bei der notwendigen Beiladung des § 65 Abs. 2 VwGO, daß Rechte durch eines von mehreren abstrakt denkbaren Prozeßergebnissen - Obsiegen oder Unterliegen des Klägers - berührt werden; zum anderen ist eine gewisse Wahrscheinlichkeit erforderlich, aber auch ausreichend, eine nicht allzu entfernt liegende Möglichkeit, daß eine der Prozeßparteien spätere Handlungen wirklich nach dem Prozeßausgang motiviert und daß solche Handlungen in die Rechtssphäre des Dritten eingreifen. Steht dagegen eindeutig fest, daß dies nicht erfolgen wird oder kann,¹³⁾ so ist eine Beiladung unzulässig.

11) Freilich wird sie das Gericht in der Regel bei der im Rahmen des § 65 Abs. 1 VwGO bei Zulässigkeit der Beiladung zu treffenden Ermessensentscheidung berücksichtigen.

12) Vgl. § 17 Abschnitt 4.2

13) Z.B. bei Vorliegen eines rechtskräftigen zivilgerichtlichen Urteils.

Andererseits ist nicht nötig, daß eine entsprechende Handlung gewiß ist; es muß nur nach überschlägiger Prüfung und bei vernünftiger Überlegung ernstlich eine derartige Beeinflussung von Drittrechten denkbar erscheinen. Es sei schließlich nochmals darauf hingewiesen, daß es sich hier um Rechte ("rechtliche Interessen") handeln muß, also sonstige Interessen nicht genügen, daß aber auch private Rechte ohne weiteres ausreichen. Letzteres wird zwar zum Teil in Abrede gestellt, zuzustimmen ist jedoch der entgegengesetzten ganz herrschenden Meinung.¹⁴⁾ Was für den Begriff des Betroffenen zu gelten hat, damit für Klagebefugnis und notwendige Beiladung entscheidend ist, muß umsomehr für den umfassenderen Anwendungsbereich der einfachen Beiladung angenommen werden. Andernfalls würde man dieses Rechtsinstitut praktisch zur Bedeutungslosigkeit herabwürdigen.

2. Einfache Beiladung bei privaten Gegenrechten Dritter

Die drei prozessualen Situationen, in denen einfache Beiladung hier in Betracht kommt, sind folgende Klagen:

- (a) die des Adressaten gegen den Hauptakt sowie gegen bestimmte Vollstreckungsmaßnahmen,
- (b) die des Dritten gegen den Ergänzungsakt,
- (c) die besondere Sachlage, in der es eines Ergänzungsaktes überhaupt nicht bedarf (§ 35 GewO o.ä.; sondervertragliche Vereinbarungen).

In allen übrigen Fällen ist der bisher am Verfahren Unbeteiligte nicht nur berührt, sondern sogar betroffen, damit nach § 65 Abs. 2 VwGO notwendig beizuladen.¹⁵⁾ Allerdings muß man sich darüber im klaren sein, daß in der Praxis gerade die beiden unter (a) und (b) genannten Fallgruppen die ganz überwiegende Mehrzahl aller tatsächlichen Prozesse ausmachen dürften, in denen solche Fragen von Belang sind.

14) Vgl. Redeker-von Oertzen, Anm. 4 zu § 65 VwGO, Eyermann-Fröhler, RNr. 19 zu § 65 VwGO m.w.N. - entgegen Schmitt, NJW 1949, 611 und Bauer, DÖV 1949, 189/192.

15) Vgl. im einzelnen § 20 Abschnitt 3.1

2.1 Klage des Adressaten gegen Hauptakt

Wie bereits mehrfach dargelegt, wird hier der Dritte nicht schon durch den VA selbst, sondern erst durch eine von diesem motivierte Handlung oder Unterlassung des Adressaten betroffen. Erst dessen Verhalten greift in die Rechtssphäre des Dritten unmittelbar ein. Erhebt nun der Adressat Anfechtungsklage gegen den Verwaltungsbe-
fehl, so dürfte sein weiteres Handeln durch das verwaltungsgerichtliche Urteil in aller Regel beeinflußt werden. Die Entscheidung des Gerichts berührt damit rechtliche Interessen auch des Dritten; dieser kann gemäß § 65 Abs. 1 VwGO beigeladen werden. Dasselbe gilt beim Vorgehen gegen Vollstreckungsmaßnahmen (Zwangsgeld, alle Androhungen), soweit nicht schon nach § 65 Abs. 2 notwendig beizuladen ist (unmittelbarer Zwang, Ersatzvornahme).

2.2 Klage des Dritten gegen Ergänzungsakt

Hier ist eine Beiladung des Adressaten zu erwägen. Handelt es sich zunächst um mehrere inhaltlich übereinstimmende Befehle, so gelten die vorherigen Ausführungen entsprechend. Jeder Ergänzungsakt ist hier zugleich Hauptakt und befiehlt dem, an den er gerichtet ist, Eingriff in die Rechtssphäre des anderen. Das Gerichtsurteil kann diesen realen Eingriff oder seine Unterlassung motivieren. Der bisher Unbeteiligte kann daher beigeladen werden. Richtet sich der Ergänzungsakt dagegen allein auf Duldung, so wird kein Verstoß gegen zivilrechtliche Verpflichtungen verlangt. Es ist zu überlegen, welche Beeinträchtigung der Rechtssphäre des nicht Beteiligten infolge eines Urteils und einer etwa darauf folgenden Handlung oder Unterlassung des Klägers drohen könnte. Durch den auf Duldung gerichteten VA wurde zunächst einmal das private Gegenrecht des jetzigen Klägers ausgeschaltet; obsiegt dieser im Prozeß, so muß der andere erneut mit Widerstand rechnen. Es erscheint nun allerdings sehr zweifelhaft, ob die ersetzte Zustimmung für den ursprünglich Polizeipflichtigen, den Adressaten des Hauptakts, ein "rechtliches Interesse" im Sinne des § 65 Abs. 1 VwGO darstellt, also eine echte subjektive Rechtsstellung. Die Behörde ist ja jederzeit in der Lage, den Duldungsakt auch von sich aus aufzuheben; hierdurch würden Rechte des Hauptaktsadressaten nicht betroffen. Diese Frage kann aber letztlich dahingestellt bleiben. Dem Adressaten

steht nämlich in jedem Falle eine öffentlichrechtlich geschützte Rechtsposition zu. Die eigene Verpflichtung aus dem Hauptakt hängt nämlich in ihrer Rechtmäßigkeit vom Bestand des Ergänzungsakts ab. Im Prozeß gegen den Ergänzungsakt wird nun aber, wenn auch nicht rechtskräftig, so doch logisch und praktisch davon abhängig, mitentschieden, ob der Hauptakt zur Zeit rechtmäßig ist. Von dieser Entscheidung dürfte in der Regel auch die beklagte Behörde ihr weiteres Verhalten abhängig machen. Es besteht durchaus die Möglichkeit, daß sie bei prozessualer Niederlage auch den Hauptakt aufhebt oder ändert. Dann aber kann ein rechtliches Interesse auch dessen Adressaten an der jetzigen gerichtlichen Entscheidung nicht gut bezweifelt werden. Auch hier ist die Beiladung also zulässig.

2.3 Sonderfälle

Schließlich bleiben die beiden Sonderfälle zu untersuchen, in denen das "Gegenrecht" des Dritten, ohne daß es eines Ergänzungsaktes bedürfte, bereits durch das Gesetz (z. B. § 35 GewO) oder durch zivilrechtliche Sondervereinbarungen eingeschränkt ist. Streng genommen, fehlt hier von Anfang an überhaupt eine "Rechtsstellung", die durch einen an den Geschäfts- bzw. Vertragspartner gerichteten VA auch nur "berührt" werden könnte - sind doch Gegenrechte überhaupt nicht vorhanden. Es bleibt allerdings zu überlegen, ob nicht möglicherweise andere Rechtspositionen beeinträchtigt sein könnten. Man wird vor allem an einen Anspruch denken, daß die Behörde jetzt durch VA oder der Partner später durch eigenes Verhalten keine weitergehenden Eingriffe vornehmen, als sie bereits jetzt durch Gesetz bzw. Vertrag vorliegen. Eine solche Position wird hier ganz generell gefährdet sein. Da eine gewisse Wahrscheinlichkeit in unserem Zusammenhang genügt, kann man die Beiladung gemäß § 65 Abs. 1 VwGO auch hier als zulässig betrachten. Die vorherrschende und zweifellos richtige Tendenz zu einer möglichst weiten Auslegung der Vorschrift legt diesen Schluß ebenfalls nahe.

3. Einfache Streitgenossenschaft

3.1 Wesen und Verhältnis zu anderen Rechtsinstituten

Das Rechtsinstitut der "einfachen Streitgenossenschaft" (§ 64 VwGO i.V.m. §§ 59 ff. ZPO) beantwortet die Frage, ob im konkreten Prozeß

- 2 -

gemeinsame Klage durch oder gegen mehrere Rechtssubjekte möglich erscheint. Ist dies der Fall, so wird gemeinsam (nicht einheitlich!) verhandelt und entschieden, wenn nicht, so erfolgt Trennung nach § 93 VwGO und damit Aufspaltung in mehrere Verfahren. Keineswegs ist im letzten Fall die gemeinsam erhobene Klage unzulässig. Anders als Klage- und Prozeßführungsbefugnis stellt die "Zulässigkeit der Streitgenossenschaft" gemäß § 64 VwGO, §§ 59, 60 ZPO keine Sachurteilsvoraussetzung dar; sie ist von der Zulässigkeit der Klagen streng zu trennen. Gegenüber der (einfachen oder notwendigen) Beiladung wiederum besteht der wesentliche Unterschied in der prozessualen Ausgangslage. Hier klagen mehrere gemeinsam bzw. werden gemeinsam verklagt, dort geht es um die Einbeziehung eines bisher am Prozeß nicht Beteiligten. Kurz gesagt: Die Streitgenossenschaft geht von einer Mehrheit von Parteien aus, die Beiladung führt zu einer Mehrheit von Beteiligten. Im Vergleich zur notwendigen Streitgenossenschaft schließlich bestehen grundlegende Unterschiede in den Voraussetzungen (vgl. §§ 59, 60 ZPO einerseits, § 62 ZPO andererseits) wie in den Rechtsfolgen (grundsätzliche Unabhängigkeit trotz gemeinsamer Verhandlung und Entscheidung einerseits, Vertretungsfiktion und einheitliche Entscheidung andererseits).

3.2 Zulässigkeit gemeinschaftlicher Klage bei privaten Gegenrechten Dritter

Bereits die 1. Alternative des § 59 ZPO, das Bestehen einer "Rechtsgemeinschaft hinsichtlich des Streitgegenstandes" trifft für einen Teil unserer Fälle zu. Die wohl allgemeine Meinung legt diese Formulierung großzügig und weit aus.¹⁶⁾ Rechtsgemeinschaft kann jede Art gemeinsamer Berechtigung sein; die Bezugnahme auf den Streitgegenstand bedeutet nicht, daß der erhobene Anspruch selbst den Beteiligten in Gemeinschaft zukommen müßte, es genügt durchaus, daß er letztlich einer gemeinschaftlichen Berechtigung entspringt. Nicht anders ist es über § 64 VwGO im Verwaltungsprozeß. Man darf nicht etwa verlangen, daß der mit der Anfechtungsklage verfolgte Abwehr- oder Gestaltungsanspruch den Klägern gemeinschaftlich zusteht. Es reicht völlig aus, daß sich der angefochtene VA auf einen gemeinsamen Gegenstand bezog. Im übrigen sind wohl Adressat und Dritter, gleichgültig, ob es sich um mehrere Gemeinschaftler oder

16) Vgl. Thomas-Putzo, Anm. 1 zu § 60 ZPO

z. B. um Eigentümer/Mieter handelt, in unserem Fall "aus demselben tatsächlichen und rechtlichen Grund verpflichtet" (§ 59, 2. Alternative ZPO), zumindest bilden "gleichartige und auf einem im wesentlichen gleichartigen tatsächlichen und rechtlichen Grund beruhende Ansprüche und Verpflichtungen den Gegenstand des Rechtsstreits" (§ 60 ZPO). Soweit daher nicht bereits nach § 62 ZPO notwendige Streitgenossenschaft besteht, ist bei privaten Gegenrechten die gemeinsame Klage des Adressaten und des Dritten möglich, die subjektive Klagenhäufung ist zulässig. Hauptfall in der Praxis ist es dabei, wenn sich im Rahmen der gemeinsam erhobenen Klage Adressat wie Dritter jeweils gegen den an jeden von ihnen gerichteten VA wenden.

./.

C) Private Gegenrechte Dritter und Beteiligung im
Verwaltungs- und Widerspruchsverfahren

§ 22 Beteiligung bei Vorbereitung der Entscheidung

1. Allgemeines

- 1.1 Begriff der Beteiligung
- 1.2 Begriff des Beteiligten
- 1.3 Vergleich mit dem Verwaltungsprozeß

2. Private Drittrechte und Beteiligung im Widerspruchsverfahren

- 2.1 Notwendige Hinzuziehung
- 2.2 Zulässige Hinzuziehung
- 2.3 Sonderfälle

3. Private Drittrechte und Beteiligung im Verwaltungsverfahren

- 3.1 Hinzuziehung nach geltendem Recht
- 3.2 Hinzuziehung nach dem Entwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes

./.

1. Allgemeines

Zu erörtern sind hier im wesentlichen zwei Fragen, die nach der z u l ä s s i g e n und die nach der n o t w e n d i g e n Einbeziehung von Personen, an die sich die Entscheidung nicht unmittelbar richtet, ins Verfahren. Es zeigt sich damit deutlich eine Parallele zum Verwaltungsprozeß: Was dort die Rechtsinstitute der einfachen und der notwendigen Beiladung prägt, wird hier zu Fragen der "Beteiligung". Für diesen Begriff sowie für den des "Beteiligten" soll daher zunächst einiges Allgemeine ausgeführt werden, bevor die Situation bei privaten Drittrechten näher untersucht wird.

1.1 Begriff der Beteiligung

Zunächst einmal ist ganz generell die Heranziehung von Dritten als bloße Auskunftspersonen im Verwaltungs- und Widerspruchsverfahren ohne weiteres zulässig. Das ist bereits aus der umfassenden Aufklärungspflicht der Behörde zu folgern. Dabei handelt es sich um eine formlose Befragung ohne eigene Rechtswirkung, vergleichbar einer Zeugenvernehmung im gerichtlichen Verfahren, lediglich mit dem Unterschied, daß Aussagezwang nicht besteht.¹⁾ Gewisse Grenzen vor allem für die Form der Anfrage mögen sich hier lediglich aus berechtigten geschäftlichen Interessen, oft auch aus der "Intimsphäre" des unmittelbar Betroffenen ergeben; man denke an Anfragen gegenüber Geschäftspartnern oder dem Ehegatten. Solche bloße Benützung Dritter als Aufklärungszuwachs soll hier allerdings außer Betracht bleiben; es handelt sich dabei nicht um eine "Beteiligung" am Verfahren. Problematisch wird diese "Befragung" auch erst dann, wenn gerade der beigezogene Dritte ebenfalls oder vorwiegend Informationen erhält, mit dem Gegenstand und Einzelheiten des Verfahrens vertraut gemacht wird, wenn ihm Äußerungen des unmittelbar Betroffenen oder der Behörde bekanntgegeben werden und er dazu angehört wird - kurz, wenn und soweit nicht die Behörde ihn um Aufklärung bittet, sondern ihm diese in seinem eigenen Interesse gewährt. Besonders dieses eigene Interesse des Dritten am Verfahrensfort- und -ausgang und seine Heranziehung durch die Behörde nicht aus Ermittlungsgründen, sondern mit Rücksicht auf dieses Interesse kennzeichnen den Unterschied zwischen Zeugenvernehmung und Beteiligtenanhörung.

1) Vgl. auch § 18 Abs. 2 Satz 2 EVwVfGBReg.

Gerade auf dieser Frage nach "Gewährung rechtlichen Gehörs" liegt stets das Hauptgewicht aller Erörterungen des Problemkreises der Beteiligung Dritter im Verwaltungs- und Widerspruchsverfahren. Dieses Gehör ist nun zwar zweifellos die wichtigste Folge der Beteiligung; es sollten jedoch andere Konsequenzen nicht völlig vergessen werden: So sind daran auch gewisse mehr formelle Rechte geknüpft, etwa das auf Bestellung eines Vertreters im Verfahren, aber auch grundsätzlich die Rechtsbehelfsberechtigung und die materielle Tatsache, daß bevorzugt gegenüber Beteiligten Amtspflichten im Sinne Art. 34 GG, § 839 BGB bestehen. Wesentlich ist ferner, daß für den Beteiligten neben (genauer: vor) der Anhörung in der Regel auch ein allgemeines Informationsrecht über Gegenstand und Stand des Verfahrens besteht sowie als wichtige Sonderform dieses Rechts der Anspruch auf Akteneinsicht.

1.2 Begriff des Beteiligten

Ist damit ungefähr das Wesen der "Beteiligung" umrissen, so bleibt noch der Begriff des "Beteiligten" klarzustellen. Es handelt sich dabei um einen rein verfahrensrechtlichen terminus, der nicht etwa mit dem materiellrechtlichen Begriff des "Betroffenen" ²⁾ verwechselt werden darf. Beteiligte sind nach dem Vorschlag des § 12 Abs. 1 EVwVfGBReg neben - nicht immer vorhandenem - Antragsteller und Antragsgegner (§ 12 Abs. 1 Ziff. 1)

- diejenigen, an die die Behörde den VA richten will oder gerichtet hat (§ 12 Abs. 1 Ziff. 2), sowie
- diejenigen, die von der Behörde zu dem Verfahren hinzugezogen worden sind, weil ihre rechtlichen Interessen durch den Ausgang des Verfahrens berührt werden können (§ 12 Abs. 1 Ziff. 4 i.V.m. Abs. 2).

Diese Nomenklatur wird aus Vereinfachungsgründen hier übernommen, wenn auch nicht verkannt werden soll, daß sie durch Vermengung von mehr formellen (Beteiligter erst durch Hinzuziehung - Ziff. 4) und eher materiellen (Beteiligter ipso facto - Ziff. 2) Elementen gewisse Unsicherheiten schafft. Für unseren Fall der privaten Drittrechte gilt danach, daß der künftige Adressat des Hauptakts im Verwaltungsverfahren ohne weiteres Beteiligter ist. Der Dritte

2) Davon gehen offenbar auch Eyermann-Fröhler, RNR. 1 zu § 71 VwGO, aus.

ist es allenfalls, wenn er tatsächlich beigezogen wird - allerdings bleibt zu prüfen, ob ein Anspruch auf Beiziehung besteht. Umgekehrt verhält es sich im Verfahren des Ergänzungsakts, in dem dieser Dritte stets Beteiligter ist, der Adressat des Hauptakts es allenfalls durch Entscheidung der Behörde werden kann. Ähnlich wird im Widerspruchsverfahren der jeweilige Widerspruchsführer bereits als "Antragsteller" Beteiligter, aber auch eine Beteiligung des anderen durch Hinzuziehung ist möglich.

1.3 Vergleich mit dem Verwaltungsprozeß

Ein kurzer Vergleich mit der Situation im Verwaltungsprozeß soll die neben vorhandenen Übereinstimmungen hier nicht zu vergessenden Divergenzen der Verfahren etwas verdeutlichen:

Im Verwaltungsgerichtsverfahren legt die Klage die Parteien fest (§ 62 Nrn. 1, 2 VwGO), ohne daß das Gericht als verfahrensleitendes Organ darauf irgendeinen Einfluß hätte (Dispositionsmaxime). Dritte können bzw. müssen dagegen erst über die Beiladung des § 65 VwGO vom Gericht ins Verfahren einbezogen werden, sollen sie Beteiligte sein (§ 62 Nr. 3 i.V.m. § 65 VwGO).

Das Verwaltungsverfahren ist ähnlich bei antragsbedürftigen Verwaltungsakten, wenn es Antragsteller und Antragsgegner gibt. Im Regelfall jedoch wird die Behörde kraft Geltung der Officialmaxime von Amts wegen tätig; sie selbst bestimmt als Verfahrensorgan die Personen, die als Haupt- und Nebenakteure mitwirken, dies dadurch, an wen sie den VA adressiert, in wessen Rechtssphäre sie sonst eingreift und wen sie darüber hinaus zum Verfahren heranzieht.

Das Widerspruchsverfahren schließlich nimmt auch hier eine Zwischenstellung ein. Einerseits ähnelt es dem verwaltungsgerichtlichen Verfahren, da die Hauptbeteiligten durch den Widerspruch festgelegt sind. Andererseits kann die Widerspruchsbehörde den angefochtenen VA - anders als das Gericht - ohne weiteres ändern, einen neuen VA erlassen; insoweit ist dann für Fragen der Beteiligung die Parallele zum Verwaltungsverfahren zutreffend.

2. Private Drittrechte und Beteiligung im Widerspruchsverfahren

Die Rechtslage im Widerspruchsverfahren soll als erste untersucht werden. Zum einen finden wir hier, anders als im Verwaltungsverfahren,

immerhin eine ausdrückliche Vorschrift in § 71 VwGO. Ferner steht dieses Vorverfahren dem verwaltungsgerichtlichen Verfahren derart nahe, daß sich die Parallele zu § 65 Abs. 1 bzw. Abs. 2 VwGO ohne Schwierigkeiten ziehen läßt.

2.1 Notwendige Hinzuziehung

Eine grundsätzliche Pflicht zur Anhörung, damit notwendig auch zu Information über Stand und Inhalt des bisherigen Verfahrens, besteht nach der Soll-Vorschrift des § 71 VwGO dann, wenn ein Dritter durch Aufhebung oder Änderung des VA im Widerspruchsbescheid erstmalig "beschwert" werden kann. Nach Sinn und Zweck der Vorschrift ist eine Beschwerde dann anzunehmen, wenn in die Rechtssphäre des Dritten eingegriffen ist, wenn er durch den Widerspruchsbescheid belastet wird. Die Voraussetzungen der Beteiligungspflicht sind damit weitgehend identisch mit denen, die § 65 Abs. 2 VwGO für die notwendige Beiladung im Verwaltungsprozeß aufstellt;²⁾ es besteht lediglich der eine wesentliche Unterschied, daß dort auch die Begünstigung genügt. Die Regelung des § 71 VwGO ist in Zusammenhang mit § 68 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 VwGO zu sehen, wonach bei erstmaliger Beschwerde des Dritten durch den Widerspruchsbescheid kein erneutes Widerspruchsverfahren stattfindet. Erreicht werden soll im wesentlichen folgendes: Wer gemäß § 42 Abs. 2 VwGO klagebefugt ist, soll grundsätzlich mindestens einmal von der Verwaltungsbehörde gehört sowie mit dem Gegenstand des Verfahrens vertraut gemacht werden und soll seine Einwendungen gegen die abschließende Entscheidung der Behörde vorbringen können. Der Adressat des VA kann in jedem Fall spätestens durch Widerspruchseinlegung und -begründung seine Meinung darlegen und die für ihn günstigen Tatsachen vorbringen; durch den Bescheid hat er bereits die notwendige Information erhalten. Auch dem erstmalig belasteten Dritten, der nicht in dieser günstigen Lage ist, muß jedoch eine vergleichbare Verfahrensposition eingeräumt werden. Die Sollvorschrift des § 71 VwGO wird dabei von der wohl h. M. so verstanden, daß eine Anhörung grundsätzlich erfolgen muß, daß allerdings "für atypische Fälle",³⁾ d. h.

2) Davon gehen offenbar auch Eyermann-Fröhler, RNR. 1 zu § 71 VwGO, aus.

3) Vgl. Redeker-von Oertzen, Anm. 2 zu § 71 VwGO m.w.N.; als "Muß-Vorschrift" sieht sie De Clerck, DÖV, 1964, 152/153, unter Hinweis auf entsprechende Anwendung des Art. 103 Abs. 1 GG an.

bei überwiegenden besonderen Gegengründen, davon abgesehen werden kann. Dem kann aus praktischen Gesichtspunkten unbedenklich zugestimmt werden, auch steht diese Auslegung der Vorschrift mit dem Verfassungsrecht in Einklang. Art. 103 GG gilt nur für Verfahren vor Gerichten, nicht aber für gerichtliche Vorverfahren. Das dann hier allenfalls einschlägige Rechtsstaatsprinzip ist aber kein absolutes Postulat, es ist vielmehr Interessenabwägungen durchaus zugänglich. Soweit also eine Anhörung untunlich ist, soweit überwiegende Interessen oder zwingende andere Erwägungen ihr entgegenstehen, kann sie unterbleiben. Daß dabei kein zu leichter Maßstab angelegt werden darf, ist eine andere Sache.

Der privat berechtigte Dritte nun ist in aller Regel nicht belastet, d. h. auch nicht "beschwert" im Sinne des § 71 VwGO. Mit Ausnahme weniger Sonderfälle wird er durch den angefochtenen VA nicht in seinen Rechten, sondern allenfalls in seiner Interessensphäre betroffen. Nichts anderes gilt für den anstehenden Widerspruchsbescheid, folglich greift schon deshalb die generelle Verpflichtung des § 71 VwGO zugunsten des Dritten nicht ein. Ähnlich wie er nicht gemäß § 65 Abs. 2 VwGO im Verwaltungsgerichtsverfahren notwendig beizuladen ist, besteht auch nicht die "geminderte" Verpflichtung über die Sollvorschrift des § 71 VwGO im Widerspruchsverfahren. Ebenso ist die Rechtslage, soweit Hinzuziehung des privat Verpflichteten, des Hauptakts-Adressaten, in einem Widerspruchsverfahren gegen den Ergänzungsakt zur Debatte steht.

2.2 Zulässige Hinzuziehung

Damit bleibt lediglich zu erörtern, ob Information und Anhörung des nicht unmittelbar betroffenen Dritten wenigstens zulässig sind, auch soweit sie über eine bloße Einvernahme als Auskunftsperson hinausgehen. Hier wird man zunächst einmal § 71 VwGO nicht als abschließende Regelung ansehen dürfen; Zweck der Vorschrift ist eine Gewährung von Gehör für den in ihr genannten, nicht eine Verweigerung von Gehör für den nicht aufgeführten Personenkreis. Nahelegend wäre, sieht man das Widerspruchsverfahren unter dem Aspekt des verwaltungsgerichtlichen Vorverfahrens, eine analoge Anwendung von § 65 Abs. 1 VwGO. Allerdings erscheint dies nur dann angebracht, wenn man der hier vertretenen Auffassung ⁴⁾ folgt und als Motiv

4) Vgl. § 21 Abschnitt 1.2

dieser Bestimmung überwiegend betrachtet, daß "berührte", d. h. auch nur mittelbar betroffene Personen ihre Interessen geltend machen können. Dann erscheint es sinnvoll, den später beiladungsfähigen Dritten auch schon im Vorverfahren zu beteiligen, zumindest ihn beteiligen zu können. Selbst wenn man aber diese Analogie zu § 65 Abs. 1 VwGO ablehnt, kann man die Befugnis der Widerspruchsbehörde nicht ausschließen, interessierte, wenn auch nicht unmittelbar betroffene Dritte beizuziehen, sie zu informieren und anzuhören. Soweit ausdrückliche Vorschriften fehlen, regelt die Behörde ihr Verfahren nach Ermessen. Dieses Ermessen steht ihr auch bzgl. "ob, wie und inwieweit" der Einbeziehung Dritter ins Verfahren zu, zumindest dann, wenn diese Dritten vom VA oder Widerspruchsbescheid wenigstens mittelbar in ihren Rechten betroffen sein können. Eine Verneinung dieser Befugnis wäre kaum verständlich und erschiene auch praktisch wenig sinnvoll. Die Behörde hat also öffentliche Interessen (etwa an Verfahrensbeschleunigung) und solche des unmittelbar Betroffenen (z. B. an Geheimhaltung) gegenüber denen des Dritten abzuwägen und dann nach pflichtgemäßem Ermessen zu entscheiden.

2.3 Sonderfälle

Eigentlich kein echter Sonderfall, jedoch der Vollständigkeit halber nochmals zu erwähnen ist die Rechtslage beim Ergänzungsakt. Legt der Dritte, an den dieser VA gerichtet ist, gegen ihn Widerspruch ein, so sind die Rollen vertauscht; es ist dann zu fragen, ob der Adressat des Hauptaktes beteiligt werden kann. Dies ist genauso wie im eben schon dargestellten Fall durchaus zulässig; ein Zwang gemäß § 71 VwGO besteht hier allerdings ebensowenig wie dort.

Spezieller Erwähnung bedürfen einige bereits materiellrechtlich besonders gelagerte Fälle, in denen durch den Hauptakt auch der privat berechnigte Dritte belastet wird (gesetzliche Duldungspflichten wie §§ 11 ff. BLG und bestimmte Vollstreckungsmaßnahmen). Bei ihnen ist, wie in § 20 Abschnitt 3.1.1 (am Ende) dargelegt, im verwaltungsgerichtlichen Verfahren eine Beiladung des Dritten gemäß § 65 Abs. 2 VwGO notwendig. Gleichwohl greift hier die doch ähnlich geartete Sollvorschrift des § 71 VwGO grundsätzlich nicht ein.

Diese Beteiligung im Widerspruchsverfahren hat nämlich nur zu erfolgen bei Beschwerung durch den Widerspruchsbescheid, also bei einer zu befürchtenden nachteiligen Einwirkung. Im vorliegenden Fall steht jedoch allein eine Aufhebung des angefochtenen Verwaltungsbefehls zur Debatte, was für den Dritten ausschließlich vorteilhaft sein kann. Anders als im Verwaltungsprozeß nach § 65 Abs. 2 VwGO, wo Beiladung auch dann notwendig ist, wenn die gerichtliche Entscheidung den Dritten nur begünstigen kann, fällt dieser Fall nicht unter § 71 VwGO. Allerdings könnte die Widerspruchsbehörde den angefochtenen VA ja auch zu Ungunsten des Widerspruchsführers abändern, damit wäre in Ausnahmesituationen vielleicht auch eine erneute Belastung des Dritten verbunden. Zeichnete sich diese seltene Sachlage ab, so würde allerdings § 71 VwGO einschlägig.

In einer anderen Fallgruppe ergeben sich Besonderheiten aus der Verfahrenssituation: Zum Beispiel legt der Dritte Widerspruch gegen den Hauptakt oder dessen Adressat Widerspruch gegen einen Ergänzungsakt ein. Beide Rechtsbehelfe sind unzulässig, da § 42 Abs. 2 VwGO in entsprechender Anwendung auf das zweckgebundene verwaltungsgerichtliche Vorverfahren der §§ 68 ff. VwGO durchgreift. Allerdings besteht hier durchaus die Möglichkeit, daß die Widerspruchsbehörde trotz Abweisung dieser Widersprüche als unzulässig von Amts wegen tätig wird und den zugrundeliegenden VA aufhebt oder abändert; dadurch wäre der ursprüngliche Adressat des jeweiligen VA erneut - positiv oder negativ - betroffen. Auch der eigentliche Adressat des angefochtenen VA kann nun aber nach wohl unbestrittener Meinung ⁵⁾ "Dritter" im Sinne des § 71 VwGO sein, solange nur nicht gerade er selbst Widerspruch eingelegt hat. Freilich wird hier kaum je eine "Beschwerung" denkbar sein, meist dürfte überhaupt nur eine Begünstigung in Frage kommen. Dann kann die Behörde den anderen beteiligen, sie ist jedoch nicht über die Vorschrift der § 71 VwGO dazu angehalten.

3. Private Drittrechte und Beteiligung im Verwaltungsverfahren

Da eine normierte generelle Regelung des Verwaltungsverfahrens bisher fehlt und weil vorhandene einzelgesetzliche Spezialvorschriften hier keinen Anspruch auf Allgemeingültigkeit erheben können, daher außer Betracht bleiben sollen, muß man auf

5) Vgl. etwa Eyermann-Fröhler, RNr. 1 zu § 71 VwGO.

"ungeschriebene" allgemeine Grundsätze des Verwaltungsverfahrensrechts zurückgreifen; meist handelt es sich dabei um verfassungsrechtliche Vorschriften. Im folgenden soll dabei zunächst die geltende Rechtslage dargestellt werden; dann wird ein Ausblick auf die Zukunft erfolgen, wie sie sich im Entwurf der Bundesregierung für ein Verwaltungsverfahrensgesetz zeigt.

3.1 Hinzuziehung nach geltendem Recht

Nach nahezu allgemeiner Meinung ⁶⁾ gilt der in Art. 103 Abs. 1 GG verankerte Grundsatz rechtlichen Gehörs nur für gerichtliche Verfahren, er ist hier weder unmittelbar noch entsprechend anzuwenden. Freilich könnte sich aus anderen verfassungsrechtlichen Normen ein Anspruch auf Gehör auch im Verfahren vor Verwaltungsbehörden ergeben, die Literatur nennt hier vor allem das Rechtsstaatsprinzip. ⁷⁾ Im einzelnen bestehen erhebliche Meinungsverschiedenheiten über grundsätzliche Anerkennung, Rechtsgrundlage, Umfang und Intensität einer solchen Anhörungspflicht. Für unseren Fall ist nun dieser Streit zunächst kaum von Belang, da diese Pflicht ganz überwiegend nur dort anerkannt wird, wo der Dritte belastet ist, wo die bevorstehende Entscheidung nachteilig auf seine Rechtssphäre unmittelbar einwirken soll oder zumindest kann. Dies gerade ist ja hier nicht der Fall. Eine weitergehende Anhörungspflicht sucht wohl allein Wolff ⁸⁾ letztlich aus dem Grundsatz der Amtsaufklärung herzuleiten. Bei genauer Betrachtung dürfte dabei aber eine Vermengung von Anhörung zur Information der Behörde und der hier allein interessierenden zur Information des Beizuziehenden vorliegen. Nur die letztere Erscheinung kann jedoch mit dem Schlagwort "rechtliches Gehör" bezeichnet werden. Dieses Gehör aber wird bei allem sonstigen Streit in der Literatur allenfalls dem unmittelbar Belasteten eingeräumt; eine Anhörung des vom beabsichtigten VA in der Regel nicht betroffenen Dritten ist daher nicht verbindlich.

Fehlt eine Verpflichtung, so bleibt zu fragen, ob die Behörde zur Hinzuziehung des Dritten überhaupt berechtigt ist. Dabei wäre zunächst zu klären, ob hierfür eine besondere gesetzliche Ermächtigung erforderlich ist. Durch die Beiziehung entstehen für den Dritten bei rechtlicher wie bei praktischer Betrachtung ausschließlich

6) Statt vieler: Wolff, Verwaltungsrecht III, § 156 IV d) 1 (S. 286)

7) So z.B. Eyermann-Fröhler, RNr. 13 zu § 108 VwGO

8) a.a.O., S. 286

Vorteile. Er hat keinerlei Pflichten und kann völlig untätig bleiben, ohne daß für ihn jetzt oder später irgendwelche Präklusionswirkungen oder Bindungen eintreten könnten. Auf der anderen Seite wird er informiert, kann seine Meinung vorbringen, seine Interessen vertreten und ihm bedeutsam erscheinende Tatsachen ins Spiel bringen. Damit bleibt zu überlegen, ob jemand - das könnte hier nur der Hauptbeteiligte sein ⁹⁾ - ein grundsätzliches Recht darauf hat, daß Dritte nicht hinzugezogen werden. Man wird hier vor allem an die generelle Pflicht des Beamten und der Behörde denken, alles geheimzuhalten, was in dienstlicher Eigenschaft zur Kenntnis gelangt. ¹⁰⁾ Ob diese Verschwiegenheitspflicht, die durch die Notwendigkeiten des "dienstlichen Verkehrs" bereits gesetzlich eingeschränkt ist, für den Betroffenen Rechtsansprüche schafft, ob sie vor allem einer Beteiligung Dritter am gesamten Verfahren überhaupt rechtliche Grenzen setzen kann, mag hier dahingestellt bleiben. Auch wenn man eine völlig schrankenlose Befugnis der Behörde zur Beteiligung Dritter nicht anerkennen will, so wird man ihr, wie schon für das Widerspruchsverfahren befürwortet, ein Ermessen einräumen, das allerdings - neben Ausübung der behördlichen Rechts- und Fachaufsicht - auch gerichtlich auf die Einhaltung der Grenzen des § 114 VwGO kontrolliert werden kann. Zwar wird man dem Hauptbeteiligten, soweit ein Interesse an Geheimhaltung für ihn überhaupt in Frage kommt, dann auch einen gerichtlich verfolgbaren Anspruch auf Unterlassung zubilligen. Ein Fall, in dem seine Rechte und Interessen in aller Regel zurücktreten müssen, wird es jedoch sein, wenn wie hier Rechte eines Dritten berührt werden können. In diesem Fall dürfte eine erfolgte Hinzuziehung dieses Dritten, wenn sie auf ordnungsgemäßer Abwägung öffentlicher und privater Interessen beruht, kaum je als unzulässig erscheinen. Die Behörde hat also grundsätzlich die Befugnis zur Hinzuziehung des privat berechtigten Dritten bzw. im Verfahren des Ergänzungsaktes die zur Hinzuziehung des privat Verpflichteten.

Für die materiellrechtlich besonders gelagerten Fälle einer Belastung auch des Dritten, bei denen, wie gesagt, im Verwaltungsprozeß § 65 Abs. 2 VwGO, nicht dagegen im Widerspruchsverfahren § 71 VwGO anzuwenden ist, bleibt zu untersuchen, ob hier die

9) Vgl. schon die Ausführungen unter 2.2
10) § 39 BRRG, § 61 BBG, Art. 69 BayBG

Beteiligung, vor allem die Anhörung obligatorisch ist. Die wohl herrschende Meinung stellt nun beim Anspruch auf rechtliches Gehör in doppelter Hinsicht auf den konkreten Fall ab: Einmal wird der Anspruch nicht schrankenlos, sondern nur im Rahmen einer etwa geltenden Verfahrensordnung eingeräumt, die allerdings wiederum den Grundgedanken der Verfassung zu beachten hat; für das allgemeine Verwaltungsvorfahren fehlt freilich eine solche Regelung bisher. Zum zweiten entfällt das Recht auf Anhörung bei zwingenden Überwiegenden öffentlichen Interessen. Wichtig sind hier vor allem die Eilbedürftigkeit, die Verfahrensökonomie und die Gefährdung der Zielerreichung (z. B. durch Umgehung, Flucht des Betroffenen) bei vorheriger Information. Soweit danach eine Anhörung im Einzelfall "untunlich" ist, braucht selbst der Hauptbetroffene nicht informiert zu werden, dies muß dann hier erst recht für den Dritten gelten. Gerade in unseren Sonderfällen - gesetzliche Duldungspflichten nach dem DLG und notstandsähnliche Situationen im Katastrophenschutz einerseits, bestimmte Vollstreckungsakte mit Drittwirkung (Ersatzvornahme, unmittelbarer Zwang) andererseits - wird meist eines, oft mehrere der genannten Argumente zutreffen. Hier kann recht häufig eine Anhörung aller Betroffenen oder wenigstens des Dritten unterblieben. Entscheidend sind die näheren Umstände des Einzelfalles.

3.2 Hinzuziehung nach dem Entwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes

Nach § 12 Abs. 2 Satz 1 EVwVfGBReg kann die Behörde von Amts wegen oder auf Antrag als Beteiligten hinzuziehen, wer durch den Ausgang des Verfahrens in "rechtlichen Interessen berührt" werden kann. Bei "rechtsgestaltender Wirkung" des Verfahrensausganges für einen Dritten ist dieser auf seinen Antrag hin gemäß § 12 Abs. 2 Satz 2 als Beteiligter heranzuziehen. § 21 Abs. 1 schließlich bestimmt ergänzend, daß vor Erlass eines VA, der "in Rechte eines Beteiligten eingreift", diesem Gelegenheit zur Äußerung gegeben werden soll; nach § 21 Abs. 2 und 3 kann davon bei besonderen Umständen des Einzelfalles oder einem entgegenstehenden zwingenden öffentlichen Interesse abgesehen werden. Die in § 12 des Entwurfs vorgesehene Regelung entspricht damit weitgehend dem § 65 VwGO: "Einfache", d. h. fakultative Beteiligung erfolgt bei Berührung von Interessen. Für die "notwendige", d. h. obligatorische

Beteiligung stützt die "rechtsgestaltende Wirkung gegenüber Dritten" in § 12 des Entwurfs mit der "notwendig einheitlichen Entscheidung gegenüber Dritten" in § 65 Abs. 2 VwGO völlig überein. Es handelt sich hier um die Situation, in der ein Dritter durch die Entscheidung (Urteil bei § 65 VwGO, VA bei § 12 des Entwurfs) "betroffen" sein kann, d. h. möglicherweise auf seine Rechtssphäre vorteilhaft oder nachteilig eingewirkt wird. Ein Unterschied besteht lediglich darin, daß die Pflicht zur Hinzuziehung im Verwaltungsverfahren einen Antrag voraussetzt.

Bei entgegenstehenden privaten Rechten Dritter wird damit im Regelfall § 12 Abs. 2 Satz 1 EVwVfGBReg einschlägig, eine Hinzuziehung kann erfolgen. In den mehrfach genannten Sonderfällen besteht bei Antrag des Dritten eine Pflicht, im übrigen bleibt es beim Ermessen der Behörde. Diese beabsichtigte Regelung erscheint durchaus sinnvoll und angemessen. Sie läßt einerseits der Behörde die notwendige Freiheit der Entscheidung, wahrt andererseits die berechtigten Belange der einzelnen und zeigt sich damit als Ergebnis einer vernünftigen Abwägung zwischen Verfahrensökonomie und Rechtsschutz. Im Gegensatz zum vorhergehenden Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes 1963 ist eine obligatorische Beteiligung des in Rechten nur berührten, nicht aber betroffenen Dritten auch bei dessen Antrag nicht mehr vorgesehen. Diese Änderung erfolgte wohl zu Recht, da die alte Fassung die vorhandene Parallele zu Widerspruchs- und Verwaltungsgerichtsverfahren (vgl. § 71, § 65 Abs. 2 VwGO) unnötig beeinträchtigt hätte. Einem Anspruch auf Beteiligung im Verwaltungsverfahren wäre Ermessen der Widerspruchsbehörde und des Verwaltungsgerichts zu Beteiligung bzw. Beiladung gegenübergestanden. Auch die in § 21 des alten und neuen Entwurfs vorgesehene Einschränkung der Anhörungspflicht auf eine Soll-Vorschrift für den Fall der Belastung und schließlich die weiteren Begrenzungen durch Umstände des Einzelfalles (Generalklausel des § 21 Abs. 2 Satz 1, Gefahr im Verzug nach Abs. 2 Satz 2 Ziff. 1, Verfahrensökonomie gemäß Abs. 2 Satz 2 Ziff. 3, zwingendes öffentliches Interesse nach Abs. 3) entsprechen der jetzt schon im wesentlichen anerkannten Rechtslage und erscheinen ebenfalls sachgerecht.

§ 23 Beteiligung bei Verwirklichung und Durchführung der
Entscheidung

1. Die Verwirklichung der Entscheidung

1.1 Wirksamkeit und Bindungswirkung von Verwaltungsakten

1.2 Rechtslage bei privaten Drittrechten

2. Die Durchführung der Entscheidung

2.1 Die Rechtsbehelfsberechtigung

2.2 Vollstreckungsrechtliche Fragen

./.

Wurde in § 22 erörtert, ob der bisher nicht beteiligte Partner der privaten Rechtsbeziehung vor Erlaß der Entscheidung zum Verfahren hinzugezogen werden darf oder gar muß, so stellt sich nun die weitere Frage, ob und wie die Beteiligten bei Verwirklichung und Durchführung von Maßnahmen heranzuziehen sind bzw. welche Rechte sie hier haben.

1. Die Verwirklichung der Entscheidung

Mit dem Stichwort der Verwirklichung des Verwaltungsaktes und einer etwa notwendigen (passiven) Mitwirkung des Dritten dabei stehen im wesentlichen Zustellungsprobleme zur Debatte. Zentraler Begriff ist hier die "Wirksamkeit" eines VA, sie ist unter anderem auch bedeutsam für den Fristenlauf von Rechtsbehelfen sowie als Vollstreckungsvoraussetzung. Die im folgenden erörterten Fragen können dabei im Verwaltungsverfahren, ebenso aber auch im Widerspruchsverfahren auftreten - dies dann, wenn der angefochtene VA durch die Widerspruchsbehörde abgeändert werden soll.

1.1 Wirksamkeit und Bindungswirkung von Verwaltungsakten

1.1.1 Nach wohl h. M. ist zu unterscheiden die bloße Existenz eines behördlichen Aktes als "äußere Wirksamkeit" vom Inkrafttreten seiner Regelung, der "inneren Wirksamkeit".¹⁾ Die äußere Wirksamkeit betrachtet den VA als reales Geschehen, als Maßnahme, Handlung der Behörde. Man sieht ein Stadium des Geschehens als abgeschlossen, den VA als "erlassen" an, sobald er dem Adressaten bekanntgegeben wurde. Das ist erfolgt, sobald der VA "zugeschrieben" ist; Erkenntnisse zu § 130 BGB werden sich hier in der Regel für nähere Auslegungsfragen auch im öffentlichen Recht entsprechend anwenden lassen. Als tauglicher Empfänger schließlich kommt der in Betracht, auf dessen Rechte (positiv oder negativ) eingewirkt werden soll. Die innere - eigentliche - Wirksamkeit liegt dagegen auf rechtlich-gedanklicher, nicht auf tatsächlicher Ebene. Für sie ist maßgeblich, daß die den VA verkörpernde Regelung in Kraft tritt, daß sich der Wille der Behörde

1) Vgl. etwa BVerwG NJW 1967, 602/604; Laubinger, Doppelwirkung, S. 97 und 98.

in rechtliche Verbindlichkeit umsetzt, daß Rechte und Pflichten von Rechtssubjekten entstehen, erlöschen oder umgestaltet werden. Auch diese innere Wirksamkeit tritt grundsätzlich mit Bekanntgabe an den Betroffenen ein; sie kann freilich durch Terminierung des VA auch zeitlich hinausgeschoben oder umgekehrt selbst für die Vergangenheit fingiert werden. Neben rein formellen hat sie materielle Voraussetzungen, insbesondere das Fehlen von Nichtigkeitsgründen.²⁾ Sie ist grundsätzlich auch "teilbar", und zwar sowohl sachlich bzgl. einzelner Regelungen des VA als auch im Hinblick auf ihr Eintreten gegenüber mehreren Personen.

Vor allem Hauzeisen³⁾ führt zusätzlich noch die beiden Begriffe der "formellen und materiellen Bindung" an. Diese "Bindung" oder "Bindungswirkung" bezeichnet im Gegensatz zur "Wirksamkeit", die zunächst nur vorläufig ist und unter Vorbehalt steht, eine endgültige Erscheinung. Dabei liegt die "formelle" Bindung, die förmliche Unanfechtbarkeit bei Ablauf der Rechtsbehelfsfrist, auf der Ebene der Realität, sie ist also verwandt mit der "Existenz" des VA. Die "materielle" Bindung wiederum, die Bestandskraft, ist abstrakt zu verstehen und bedeutet nichts anderes als endgültige innere Wirksamkeit eines VA.

1.1.2 Besonderer Überlegung bedürfen Verwaltungsakte mit mehreren Betroffenen. Bereits für die Existenz des VA ist - v. a. bei Verwaltungsakten mit gegensätzlicher Doppelwirkung - nicht unstreitig, ob Bekanntgabe an einen Betroffenen genügt oder ob sie an alle erfolgen muß. Richtigerweise ist hier maßgeblich zu berücksichtigen, daß der Begriff "Existenz" den realen Handlungsablauf erfaßt. Es soll damit der Vorgang bezeichnet werden, daß ein bisher verwaltungsinternes Geschehen Außenwirkung erlangt und damit nicht mehr ohne weiteres ungeschehen gemacht werden kann. In diesem Moment ist ein Verfahrensabschnitt abgeschlossen, ein gewisser Markstein erreicht, der es sinnvoll erscheinen läßt, daß man ihn mit einem besonderen Begriff kennzeichnet. Diese Voraussetzung ist erfüllt, der verwaltungsinterne Bereich ist verlassen, sobald der VA auch nur einem von mehreren Betroffenen zugeht. Ob dies der Begünstigte oder der Belastete

2) Vgl. EVwVfGBReg, S.49 unter Bemerkungen zu § 33 Abs. 1 und S. 50 zu § 33 Abs. 3.

3) NJW 1964, 2037/2039 und 2040

ist, spielt keine Rolle. Im Ergebnis entspricht das der wohl h. M., wenn auch die jeweilige Begründung im einzelnen durchaus unterschiedlich ist. Keineswegs darf man hier in den Fehler verfallen, auf angeblich einschlägige rechtsstaatliche Erfordernisse hinzuweisen, wonach niemand ohne seine Kenntnis belastet werden dürfe. Diese wohl unstreitige Notwendigkeit einer Bekanntgabe betrifft nicht die Existenz, sondern ausschließlich die innere Wirksamkeit von Verwaltungsakten, den Befehl, die Rechtsgestaltung gegenüber dem einzelnen. Ferner ist auch eine hinsichtlich mehrerer Personen geteilte Existenz von Verwaltungsakten nicht denkbar, es gibt nur ein "Entweder - Oder": Der Begriff baut auf Handlungen der Behörde auf, nicht auf Konsequenzen für die Rechtssubjekte. Der VA ist also in vollem Umfang existent, sobald er nur einem von mehreren Betroffenen zugegangen ist; dies gilt auch für einen VA mit gleichgerichteter (etwa belastender) Wirkung gegenüber mehreren Personen. Anders wird es allerdings, handelt es sich nicht um einen einheitlichen VA, der mehrere Personen betrifft, sondern in Wahrheit um mehrere getrennte Verwaltungsakte; hier ist auch die Existenz dieser einzelnen Akte völlig gesondert zu beurteilen.

Nicht ganz einfach ist die Frage nach dem Zeitpunkt der inneren Wirksamkeit zu beantworten. Hier ist zu klären, ob Zugang an nur einen von mehreren Betroffenen innere Wirksamkeit diesem gegenüber oder gar für alle schafft.⁴⁾ Sehr strittig ist dies besonders bei Verwaltungsakten, durch die mehrere gegensätzlich betroffen sind, d. h. der eine begünstigt, der andere belastet wird. Im wesentlichen vertritt man folgende Auffassungen: Der VA wird wirksam

- (a) gegenüber allen mit Zugang an den Belasteten,⁵⁾
- (b) für Begünstigten wie Belasteten jeweils getrennt mit Zugang an jeden von ihnen,⁶⁾
- (c) einheitlich mit Zugang an alle, d. h. an den letzten,⁷⁾
- (d) je nach den Umständen des Einzelfalles.⁸⁾

4) Hinsichtlich der (endgültigen) materiellen "Bindungswirkung" stellt sich die entsprechende Frage bei Ablauf der Rechtsbehelfsfrist gegenüber nur einem von mehreren Betroffenen.

5) Hauelsen, NJW 1964, 2037/2039; Laubinger, Doppelwirkung, S. 101, Siegmund-Schultze, DVBl. 1966, 247

6) So wohl Begründung zu § 33 Abs. 1 EV-VfGBReg (S. 49)

7) Siegmund-Schultze, DVBl. 1966, 247/249

8) Fromm, VerwArch. 56, 47 f

Uns interessiert nun allerdings in erster Linie der Fall des gleichartigen Betroffenseins, der in mancher Beziehung durchaus anders liegt. Gerade er wird aber in der Literatur häufig ausdrücklich ausgeklammert oder gar als problemlos angesehen.⁹⁾ Nur wenige Autoren erörtern diese Fragen überhaupt, wenn ja, so meist im Zusammenhang mit der Zustellung gegenüber Gemeinschaften. So verlangt Proksch¹⁰⁾ in diesen Fällen für den Eintritt der Wirksamkeit Zugang auch an den letzten Gemeinschaftler und bezeichnet dies als herrschende Meinung. Dagegen scheint sich Laubinger¹¹⁾ für eine mit Zugang jeweils getrennt eintretende Wirksamkeit auszusprechen, wenn er sagt, hier seien die mehrfachen Belastungen (bzw. Begünstigungen) in der Regel voneinander unabhängig; auch die Begründung zu § 33 Abs. 1 des EVwVfGBReg geht wohl ganz generell von derartiger gesondeter Wirksamkeit aus.¹²⁾ Das Problem soll zunächst nur angeschnitten werden, auf seine Aspekte für die hier interessierenden Situationen wird im folgenden noch einzugehen sein.

1.2 Rechtslage bei privaten Drittrechten

1.2.1 Wir haben es im Normalfall, etwa bei Anordnungen gegenüber Mieter und Vermieter eines Hauses, nicht mit einem einzigen VA mit Doppelbelastung zu tun, sondern mit zwei getrennten Verwaltungsakten. Jeder von ihnen wird daher bei Zugang an den durch ihn Betroffenen existent und wirksam, der Hauptakt durch Bekanntgabe gegenüber dem Adressaten, der Ergänzungsakt mit Zugang an den Dritten. Das gleiche gilt für formelle wie materielle Bindung, sie sind ebenfalls für die Beteiligten separat zu beurteilen. Haupt- und Ergänzungsakt bedingen sich zwar gegenseitig in der Rechtmäßigkeit, nicht jedoch in Existenz, Wirksamkeit, Unanfechtbarkeit oder Bestandskraft.

1.2.2 Im "Sonderfall" der Gemeinschaften, wenn sich ein oder mehrere Verwaltungsakte an Mitglieder richten und Gegenstände angehen, über die nur gemeinsam verfügt werden kann, verlangt die wohl herrschende Meinung¹³⁾ zum Eintritt der Wirksamkeit Zugang an alle

9) Siegmund-Schultze, a.a.O., S. 248; Hauelsen, a.a.O., S. 2038 oben; Dörffler, NJW 1963, 14/15 (dort Fußnote 18)

10) BayVBl. 1971, 399; ähnlich auch OVG Berlin AS 6, 113, Leitsatz 2

11) a.a.O., S. 98, dort in Fußnote 14

12) Vgl. dort, S. 49

13) Vgl. Proksch, BayVBl. 1971, 399

Gemeinschaftert. Vor erfolgter Zustellung auch an den letzten von ihnen od. der VA, der "mehrere Personen ausmacht" betrifft, weil sie in "Rechtsgemeinschaft" stehen, "sachsend un wirksam und damit nicht vollziehbar". Es muß nun dahingestellt bleiben, ob hier nicht vollstetig unterschiedliche Erwägungen mit verwaltungsverfahrensrechtlichen Überlegungen zu Recht vermischt werden. Ferner, ob ein Rechtsmittel der "Rechtsbehelfe Unwirksamkeit" in dieser Form überhaupt im Verwaltungsrecht und insbesondere hier anzuerkennen ist. Jedoch wurde bereits in § 4 Abschnitt 2.3 und in § 18 Abschnitt 3 eingehend dargestellt, daß die Rechtslage bei diesen "gemeinschaftsbezogenen" Verwaltungsakten in Wahrheit gar keinen Sonderfall darstellt, daß auch hier ein VA nicht objekt-, sondern subjektbezogen bleibt, daß selbst gegenüber Gemeinschaftern nicht ein einheitlicher - doppelbelastender - VA ergeht, sondern ein Bündel mehrerer Einzelakte erlassen wird. Für jeden von ihnen treten daher Wirksamkeit und Bindung gesondert ein. Dies gilt selbst dann, wenn dem einen Gemeinschafter lediglich der an den anderen adressierte VA in Abdruck übersandt wird, mit dem Hinweis, er selbst sei ebenso verpflichtet oder er sei zur Duldung gehalten: auch hier handelt es sich ja um zwei separate Verfügungen, die scharf auseinanderzuhalten sind.¹⁴⁾

In diesem Zusammenhang stellt sich allerdings sofort die Frage nach der Zulässigkeit und den Rechtsfolgen einer Zustellung an Vertretungsberechtigte. Mit dieser Rechtsfigur können oft im praktischen Ergebnis ähnliche Wirkungen erzielt werden, wie sie bei einheitlichem Eintritt von Wirksamkeit oder Bestandskraft eintreten könnten. Freilich muß der völlig unterschiedliche dogmatische Weg, auf dem dieses Ergebnis dann erreicht wird, sehr wohl beachtet werden. Der Zugang an nur einen läßt hier nicht die Wirksamkeit für alle entstehen oder die Rechtsbehelfsfrist für mehrere anlaufen, vielmehr stellt der Zugang an einen über die Vertretungswirkung bereits den Zugang an alle dar. Ausgehend von diesen Überlegungen, wird man es durchaus für zulässig und ausreichend halten können, wenn eine einzige Urkunde, in deren Fingern "steht" alle einzelnen Gemeinschaftler namentlich aufgeführt sind, "an einen" eines einzelnen von ihnen, nämlich des vertretungsberechtigten Gemeinschaftlers, adressiert wird und auch tatsächlich an ihn allein zu ent (vgl. § 7 Abs. 2 VwEG, Art. 7 Abs. 1 BayVwEUG). Allerdings vermögen selbst

¹⁴⁾ Vgl. § 7 Abs. 1 VwEG.

ordnungsgemäße Zustellung und gesetzliche oder rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht nicht den Erlass eines erforderlichen Ergänzungsaktes ¹⁵⁾ gegenüber dem anderen Gemeinschaftler zu ersetzen. Wird nach dem Tenor ausdrücklich nur ein einziger VA an die Gemeinschaft als solche - zu Händen des Vertretungsberechtigten - oder gar allein von vornherein ausschließlich an diesen selbst gerichtet, so bleibt dieser VA auch dann wegen Verstoßes gegen Art. 20 Abs. 3 GG rechtswidrig, wenn er zusätzlich allen anderen Gemeinschaftlern zugeht: Eine Regelung ihnen gegenüber, die erforderlich wäre, ist überhaupt nicht ausgesprochen.

1.2.3 Zu erörtern sind schließlich noch die echten Spezialfälle, in den in der Tat ein VA mit Doppelbelastung gegenüber Adressat und Drittem vorliegt. Daß der VA auch hier bereits ab Zugang an einen der Betroffenen (in der Praxis meist den Adressaten) *e x i - s t e n t* ist, wurde unter 1.1.2 dargelegt. Offen blieb dagegen zunächst die Frage der inneren *W i r k s a m k e i t*.

Kaum problematisch ist sie bei den mehrfach genannten Vollstreckungsakten, die auch den Dritten belasten (Ersatzvornahme, unmittelbarer Zwang gegen Sachen oder Personen). Es handelt sich dabei um Realakte, das Problem der rechtlichen Wirksamkeit tritt in den Hintergrund. In erster Linie werden hier nicht Rechte oder Pflichten der einzelnen Personen verändert, sondern es werden Tatsachen geschaffen. Soweit daneben eine besondere Pflicht zur Duldung begründet werden soll (etwa des Dritten gegenüber behördlich gewaltsam erzwungenen Handlungen des Adressaten oder gegenüber behördlich selbst vorgenommenen Handlungen), ist ohnehin ein weiterer VA, ein Ergänzungsakt, nötig. Dieser bedarf zwar grundsätzlich keiner besonderen Form, dennoch ist er scharf vom doppeltbelastenden ersten VA zu unterscheiden. Seine Wirksamkeit, ja bereits seine Existenz, setzt auch hier Bekanntgabe an den Duldungspflichtigen voraus.

Für den Prototyp der gesetzlichen Duldungspflicht des privat berechtigten Dritten (§§ 11 ff. BLG) als unserer zweiten Sondergruppe hat der Gesetzgeber in § 37 BLG eine ausdrückliche Regelung geschaffen, die wohl auch für alle ähnlich gelagerten Fälle von Belang ist. Nach Abs. 1 dieser Vorschrift ist der Bescheid dem Leistungspflichtigen zuzustellen - dies ist in den wichtigsten Fällen der Eigentümer

15) Denkbar auch in Form eines zweiten, inhaltlich übereinstimmenden Hauptaktes.

der Sache. Bemerkenswert ist dann die Vorschrift des § 37 Abs. 5 BLG; hiernach soll der Leistungsbescheid auch allen anderen Personen zugestellt werden, "die durch die Anforderung in ihren Rechten betroffen werden". Das Gesetz betrachtet hier eindeutig bei erfolgter Zustellung an den Adressaten eine weitere Zustellung oder auch nur formlose Bekanntgabe an betroffene Dritte keineswegs als Wirksamkeitsvoraussetzung für den Leistungsbescheid. Dies mag auf den ersten Blick bedenklich erscheinen, wenn man meint, der VA könne wegen der notwendigen Einheitlichkeit seiner Regelung gegenüber den Betroffenen auch nur einheitlich wirksam werden; aus rechtsstaatlichen Erwägungen dürfte dann diese "Gesamt-Wirksamkeit" wohl erst mit Zustellung an alle, d. h. auch an den letzten von mehreren Betroffenen, eintreten. Dem ist jedoch folgendes entgegenzuhalten: Trotz notwendiger Einheitlichkeit sind die Regelungen eines doppeltbelastenden VA für die Wirksamkeit gegenüber einzelnen Personen durchaus aufteilbar. Die notwendige Einheitlichkeit einer Regelung ist eine materielle Erscheinung mit lediglich auch Verfahrens-Auswirkungen. Sie liegt auf einer anderen Ebene als die rein formelle Frage der vorläufigen Wirksamkeit und darf mit dieser nicht verquickt werden. Ein Beispiel mag dies verdeutlichen: Das einer Anfechtungsklage stattgebende Urteil ¹⁶⁾ ist gegenüber Behörde und Kläger hinsichtlich der ausgesprochenen Regelung - Aufhebung des VA - sicher notwendig einheitlich. Dennoch tritt für den Kläger die Regelung des Urteils ein, er braucht den aufgehobenen VA nicht mehr zu befolgen, sobald er vom Urteil erfährt; einer Bekanntgabe an die Behörde bedarf es dazu nicht. Genauso ist es aber in unserem Fall. Eine nach Personen unterschiedlich eintretende (vorläufige) Wirksamkeit der Regelungen wird durch ihre materielle notwendige Einheitlichkeit nicht ausgeschlossen. Hinzu kommt noch, daß sich nach dem Rechtsschutzsystem der VwGO grundsätzlich niemand auf die Rechte des anderen berufen soll, d. h. auch nicht auf mangelnde Bekanntgabe an diesen. Nur mit der hier vertretenen Auffassung lassen sich auch sonst entstehende nahezu unüberwindliche praktische Schwierigkeiten vermeiden. Das Rechtsstaatsprinzip ist ja ein "relatives" Postulat, das nicht schlechthin über allen anderen Belangen und Rechtsgütern steht, sondern mit ihnen im Einzelfall abzuwägen ist. Gerade in den Fällen des BLG wird nun der

16) Entsprechendes gilt für einen stattgebenden Widerspruchsbescheid.

Vollzug meist sehr eilbedürftig sein; häufig stehen besonders wichtige Gemeinschaftsgüter - etwa die Versorgung der Bevölkerung mit Nahrung - auf dem Spiele. Im Ergebnis bestehen daher gegen die Regelung des § 37 BLG keine Bedenken, wenn man sie so auslegt, daß grundsätzlich getrennte Wirksamkeit mit Zustellung an den jeweils Betroffenen eintritt, nicht dagegen sofortige Wirksamkeit gegenüber allen bei Zustellung an nur einen.

1.2.4 Schließlich soll noch der Eintritt der Bindungswirkung kurz dargelegt werden. Formelle und materielle Bindungswirkung, d. h. der Fristenlauf für Rechtsbehelfe und die Bestandskraft, sind in unserem Regelfall für die einzelnen Beteiligten gesondert zu beurteilen. Das ist eigentlich fast selbstverständlich, da es sich ja um mehrere selbständige Verwaltungsakte gegenüber verschiedenen Personen handelt. Rechtsbehelfsfristen für diese Verwaltungsakte können ohne weiteres gesondert für einzelne Betroffene laufen, ebenso kann die endgültige innere Wirksamkeit für jeden zu unterschiedlichen Zeiten eintreten - man denke nur an den Fall, daß lediglich einer der Beteiligten Rechtsmittel einlegt und damit erst nach mehreren Jahren in letzter Instanz unterliegt.

Liegt allerdings ausnahmsweise ein VA mit echter Doppelbelastung vor, so wird die Antwort schwieriger. Zunächst einmal ist freilich die formelle Bindungswirkung auch hier für die Beteiligten gesondert zu beurteilen,¹⁷⁾ die Zustellung etwa oder die Einlegung von Rechtsbehelfen können sich ja zeitlich und tatsächlich unterschiedlich abspielen. Etwas anderes gilt jedoch für die materielle Bindungswirkung, die Bestandskraft. Sie kann in diesen Fällen nur einheitlich eintreten,¹⁸⁾ und zwar setzt sie formelle Unanfechtbarkeit gegenüber allen Betroffenen voraus. Wesentlich an dieser endgültigen inneren Wirksamkeit ist ja gerade, daß sie vorbehaltlos gilt. Sie kann daher nicht eintreten, solange die gegenüber mehreren Personen "notwendig einheitliche" Regelung des VA noch teilweise in der Schwebe ist.

17) So auch Haueisen, a.a.O., S. 2039, für Verwaltungsakte mit unterschiedlicher Doppelwirkung.

18) Vgl. Haueisen, a.a.O., S. 2040

2. Die Durchführung der Entscheidung

Zwei Fragenkomplexe treten hier auf, die Rechtsbehelfsberechtigung und die Vollstreckung.

2.1 Die Rechtsbehelfsberechtigung

Hinsichtlich förmlicher, gesetzlich vorgesehener Rechtsbehelfe ist zunächst auf die eingehenden Erörterungen in § 19 zu verweisen. Dort wurde dargelegt, wer gegen die einzelnen in Frage kommenden Verwaltungsakte Anfechtungsklage erheben kann, wer insbesondere die erforderliche Klagebefugnis des § 42 Abs. 2 VwGO besitzt. Danach kann grundsätzlich nur jeder gegen den unmittelbar an ihn selbst gerichteten VA vorgehen, der Adressat gegen den Hauptakt, der Dritte gegen den Ergänzungsakt. In diesem Bereich darf allerdings auch jeder **a l l e i n** Rechtsbehelfe einlegen; er ist - selbst bei Gemeinschaften - nicht etwa aus dem Rechtsinstitut der Prozeßführungsbefugnis auf aktive Mitwirkung der anderen angewiesen. Das gilt selbst in den wenigen Sonderfällen gesetzlicher Duldungspflichten und bestimmter Vollstreckungsakte, bei denen bereits durch einen einzigen VA Adressat und Dritter belastet sind und daher jeder von ihnen anfechtungsberechtigt ist.

Für das Widerspruchsverfahren als zweckgebundene Vorstufe der Anfechtungsklage sind diese Ergebnisse in vollem Umfang entsprechend anzuwenden. Es wäre gleichermaßen verfehlt, die Widerspruchseinlegung bei unveränderten Umständen als zulässig anzusehen, wo Klageerhebung unzulässig ist, wie umgekehrt zu verfahren. Nur der Vollständigkeit halber soll der praktisch hier wohl seltene Fall erwähnt werden, daß ein anderer als der eigentliche Widerspruchsführer durch den Widerspruchsbescheid in seinen Rechten erstmalig betroffen wird. Ist diese Wirkung nachteilig für ihn, also eine Belastung, so kann er gegen den Widerspruchsbescheid selbst Klage erheben (§ 79 Abs. 1 Ziff. 2 VwGO), ohne daß es eines erneuten Vorverfahrens bedürfte (§ 68 Abs. 1 Ziff. 2 VwGO). Diese Regelung gilt dann entsprechend, wenn eine Änderung des angefochtenen VA im Widerspruchsbescheid eine zusätzliche Beschwerde für einen anderen als den Widerspruchsführer enthält (vgl. § 79 Abs. 2 VwGO) - dieser Fall wäre auch bei privaten Drittrechten immerhin in Ausnahmesituationen denkbar.

Auch soweit förmliche Rechtsbehelfe mangels Klage- bzw. Widerspruchsbefugnis unzulässig sind, bleiben stets die Wege der Gegenvertretung und der Aufsichtsbeschwerde offen. Freilich begründet der erste keinen Anspruch auf erneute Prüfung durch die Ausgangsbehörde, erst recht nicht auf einen Zweitbescheid;¹⁹⁾ der zweite führt zwar zur Nachprüfung durch eine höhere Behörde und gewährt Anspruch auf sachliche Überprüfung und Verbescheidung,²⁰⁾ nicht jedoch auf Begründung eines ablehnenden Bescheids oder gar aufsichtliches Einschreiten.²¹⁾

2.2 Vollstreckungsrechtliche Fragen

Ist die Entscheidung erlassen, so interessiert neben ihrer Anfechtung mit Rechtsbehelfen vor allem die eventuell notwendige zwangsweise Durchsetzung. Fragen des Verwaltungszwangsverfahrens waren bereits im Verlauf der bisherigen Erörterungen an den unterschiedlichsten Stellen anzusprechen. Die wichtigsten Maßnahmen behördlicher Vollstreckung sind ja Verwaltungsakte, daher auf ihre Rechtmäßigkeit hin überprüfbar, mit Widerspruch und Anfechtungsklage angreifbar. Das Vollstreckungsverfahren ist ein Verwaltungsverfahren, Probleme der Vollstreckung liegen daher immer wieder parallel zu denen vorausgegangener Anordnungen. Es soll hier auf bereits untersuchte, in Zusammenhang mit der Verwaltungsvollstreckung stehende Fragen nochmals hingewiesen werden, um einen Überblick zu vermitteln. Im Anschluß daran bleiben einige zunächst ausgesparte Probleme näher zu erörtern. Schon behandelt wurden die Fragen,

- ob die Einwendung mangelnder Befugnis auch im Vollstreckungsverfahren vorgebracht werden kann oder gar grundsätzlich - vor allem bei Gemeinschaften - dorthin zu verweisen ist,²²⁾
- welche Funktion ein Ergänzungsakt als Vollstreckungstitel haben kann und ob die "Heilung des Hauptaktes" durch ihn seine Vollstreckbarkeit voraussetzt,²³⁾

19) H. M.; vgl. Redeker-von Oertzen, Anm. 88 zu § 42 VwGO m.w.N.; der nochmalige Eintritt in die Sachprüfung steht im Ermessen der Behörde.

20) Konsequenz aus Art. 17 GG und ähnlichen Petitionsgrundrechten in den Länderverfassungen; vgl. Eyermann-Fröhler, RNr. 16 zu § 42 VwGO m.w.N.

21) So die h. M.; zur Begründungspflicht vgl. etwa Eyermann-Fröhler RNrn. 6, 8 zu § 114; zur Pflicht auf Einschreiten RNr. 16 zu § 42 VwGO.

22) Vgl. § 2 Abschnitte 1 und 3; § 4 Abschnitt 3.2

23) Vgl. § 7 Abschnitte 1 und 4.1.3

- ob allein die Beiladung des Dritten einen Titel gegen ihn ersetzt,²⁴⁾
- bei welchen Vollstreckungsmaßnahmen Adressat und Dritter unmittelbar belastet werden und klagebefugt sind,²⁵⁾
- wie es sich hier mit notwendiger Beiladung, notwendiger Streitgenossenschaft, Beteiligung im Widerspruchsverfahren und im Verwaltungsverfahren²⁶⁾ verhält.

Offengeblieben sind allerdings drei wichtige Probleme:

- (1) Gegen wen ist bei den einzelnen Vollstreckungsmaßnahmen ein Titel erforderlich, gegen Adressaten, Dritten oder gegen beide?
- (2) Setzt zwangsweise Vollstreckung des Hauptaktes nur Wirksamkeit oder aber Vollstreckbarkeit auch des Ergänzungsaktes voraus?
- (3) Müssen zwei vollziehbare Anordnungen gegen Adressaten und Dritten in der Art und Weise des Verwaltungszwangs unbedingt parallel behandelt werden?

Verhältnismäßig einfach läßt sich die erste Frage beantworten. Ein vollstreckbarer - d. h. unanfechtbarer bzw. sofort vollziehbarer - Titel, der grundsätzlich Voraussetzung für jeden Eingriff durch Verwaltungszwang ist, muß gegenüber demjenigen vorliegen, der durch die Maßnahme "belastet" ist, auf dessen Rechtssphäre also unmittelbar nachteilig eingewirkt wird. Neben dem eigentlichen Adressaten einer Vollstreckungsmaßnahme, der Zielperson für die Behörde, kann dies durchaus auch ein Dritter sein, etwa beim zwangsweisen Vollzug einer Baubeseitigung neben dem Bauherrn (Eigentümer) auch ein der Behörde bisher nicht bekannter Mieter. Greift die Behörde auch in seine Rechte ein - etwa durch gewaltsame Räumung oder Beschädigung von ihm eingebrachter Gegenstände - und besitzt sie ihm gegenüber keinen Titel, so ist die Vollstreckungsmaßnahme objektiv rechtswidrig und als enteignungsgleicher Eingriff in der Regel entschädigungspflichtig. Eine Ausnahme davon ist allerdings gesetzlich für besondere Eilfälle vorgesehen, in denen es einer vorausgehenden Anordnung für die Vollstreckung

24) Vgl. § 8 Abschnitt 2

25) Vgl. § 18 Abschnitte 2.2. und 3.4 bzw. § 19 Abschnitt 3.2

26) Vgl. § 20 Abschnitte 3.1.1 und 3.2; § 22 Abschnitte 2.3 und 3.1

überhaupt nicht bedarf ²⁷⁾ - und zwar gegenüber keinem der Betroffenen. Im Regelfall ist jedoch vor jeder einzelnen Maßnahme des Verwaltungszwangs zu prüfen, wer durch sie belastet wird und ob gegen ihn ein ausreichender Titel zur Verfügung steht. Unter Berücksichtigung der zu dieser Frage in § 18 Abschnitte 2.2 und 3.4 getroffenen Feststellungen setzen danach Vollstreckungsmaßnahmen, die lediglich auf den Willen ihres jeweiligen Adressaten einwirken sollen und einwirken, einen Titel nur gegen diesen voraus. Dies ist bei allen Androhungen der Fall sowie bei der Einziehung von Zwangsgeld und bei der Verhängung von Beugehaft. Hier sind Dritte, zu einer Einwirkung auf deren Rechte der Adressat gezwungen werden soll, noch nicht unmittelbar belastet, ein Titel gegen sie ist daher nicht erforderlich. Anders verhält es sich bei Ersatzvornahme oder unmittelbarem Zwang gegen Sachen, an denen mehrere Personen berechtigt sind (etwa als Miteigentümer oder als Eigentümer/Mieter), sowie (wegen Entfallens der Eigenverantwortlichkeit) bei unmittelbarem Zwang gegenüber einer Person, Rechte einer anderen zu verletzen. Hier werden mehrere Rechtssubjekte gleichzeitig unmittelbar betroffen, gegen alle sind vollstreckbare Titel nötig, soll der behördliche Akt rechtmäßig sein.

Auch die zweite Frage, ob und wann Zwangsvollstreckung des Hauptaktes Vollstreckbarkeit auch des Ergänzungsaktes voraussetzt, läßt sich damit wohl eindeutig beantworten. Entgegen der Meinung von Wachsmuth ²⁸⁾ ist die Vollstreckbarkeit des Ergänzungsaktes hier nicht immer erforderlich. Dieser setzt sich ja aus zwei Bestandteilen zusammen, der einer Vollstreckung weder fähigen noch bedürftigen Ersetzung der privatrechtlichen Zustimmung sowie einem vollstreckungsfähigen Handlungs- bzw. Duldungsbefehl. Für die Vollstreckung des Hauptaktes muß nun der erste Bestandteil des Ergänzungsaktes gültig sein, ²⁹⁾ der zusätzlich enthaltene Verwaltungsbefehl braucht aber unanfechtbar oder sofort vollziehbar nur dann zu sein, wenn er selbst zwangsweise vollzogen wird - mit anderen Worten, wenn die Behörde auch in Rechte des Dritten unmittelbar eingreift.

27) Vgl. § 6 Abs. 2 VwVG, z.B. zur Verhinderung einer strafbaren Handlung; die entsprechende Vorschrift des Art. 35 Abs. 2 BayVwZVG erklärt zwar hier nur die Androhung für nicht erforderlich, nach h. M. - vgl. Schmitt-Lermann, Anm. 3 zu Art. 35 - gilt dies aber für die gesamte zu vollstreckende Anordnung ebenfalls.

28) BayVBl. 1969, 265/267 unter I. 4. b)

29) Vgl. dazu näher § 7 Abschnitt 4.1.3

Wir kommen damit genau auf die bereits erörterte Sachlage zurück: Lediglich bei Ersatzvornahme und unmittelbarem Zwang ist gegen jeden Beteiligten ein Titel zu fordern, sie alle haben dann, wie bei jeder Vollstreckung, unanfechtbar bzw. sofort vollziehbar zu sein. Dies entspricht auch der Interessenlage: In den Bereich vollstreckungsrechtlicher Schutzvorschriften wird erst dann eingegriffen, wenn Rechte beeinträchtigt werden, d. h. wenn auch der Dritte unmittelbar betroffen ist.

Unser drittes Problem war es, ob die Behörde bei gleichzeitiger Vollstreckung von Haupt- und Ergänzungsakt in der Wahl der Zwangsmittel parallel gegen Adressaten und Dritten vorzugehen hat. Wachsmuth ³⁰⁾ bejaht dies ohne nähere Begründung; es komme nur entweder einheitlich Zwangsgeld oder aber die Verbindung von Ersatzvornahme und unmittelbarem Zwang in Betracht. In der Tat stehen grundsätzlich zwei verschiedene Wege des Verwaltungszwangs zur Verfügung,

- ein "dinglicher", "objektiver", der sich unmittelbar auf die Sache richtet (Ersatzvornahme, notfalls unmittelbarer Zwang gegen Sachen), sowie
- ein "persönlicher", "subjektiver", der sich an den Willen des Pflichtigen wendet (Zwangsgeld, notfalls unmittelbarer Zwang gegen seine Person oder Ersatzzwangshaft).

Für bestimmte zu vollstreckende Handlungskategorien ist freilich ein Wahlrecht der Behörde nicht vorhanden. Bei unvertretbaren Handlungen, ³¹⁾ bei Duldungen und sonstigen Unterlassungen kommt naturgemäß allein eine Einwirkung auf den Willen bzw. die Person des Pflichtigen in Betracht, damit ausschließlich die "subjektive" Vollstreckung durch Zwangsgeld und unmittelbaren Zwang gegen die Person. Bei vertretbaren Handlungen dagegen ist die Behörde nicht auf die Person als Medium angewiesen, sondern kann durch Ersatzvornahme bzw. unmittelbaren Zwang auch direkt die Sache angehen. Die gesetzliche Regelung sieht hier wahlweise Ersatzvornahme oder Zwangsgeld vor; ist eines von beiden unzulässig, so kann jeweils auf das andere Mittel ausgewichen werden. ³²⁾ Je nach der Handlungskategorie, zu der Haupt- und Ergänzungsakt den Pflichtigen anhalten,

30) a.a.O., S. 267

31) D.h. Handlungen, die nur der Pflichtige selbst vornehmen kann.

32) Vgl. § 11 Abs. 1 Satz 2 VwVG, Art. 32 Satz 2 BayVwZVG

sind mehrere Kombinationen von Vollstreckungsmitteln denkbar, die im folgenden auf ihre praktische Anwendbarkeit untersucht werden sollen.

Kaum problematisch sind zunächst einmal die - allerdings seltenen - Fälle, in denen sowohl Hauptakt als auch Ergänzungsakt auf unvertretbare Handlungen oder auf Unterlassungen - einschließlich Duldungen - gerichtet sind.³³⁾ Hier kommt ja für alle Anordnungen bereits kraft Gesetzes ausschließlich die subjektive Vollstreckung mit Zwangsgeld und unmittelbarem Zwang gegen die Person in Frage. Dabei ist unmittelbarer Zwang - wie stets - subsidiär, er darf nur als letztes Mittel in Betracht gezogen werden. Auch wenn hier in besonders gelagerten Einzelfällen gegen einen der Pflichtigen mit Zwangsgeld, gegen den anderen mit unmittelbarem Zwang eingeschritten werden kann, besteht doch im wesentlichen rechtlich und praktisch die Notwendigkeit zu einheitlichem Vorgehen.

Freilich hat Wachsmuth gerade diese Fälle nicht im Auge; in den von ihm gewählten Fällen haben wir es zum Teil mit vertretbaren Handlungen zu tun. Erst wenn eine der Anordnungen³⁴⁾ eine vertretbare Handlung fordert, also grundsätzlich auch objektiv durch Ersatzvornahme vollstreckt werden könnte, stellt sich das Problem hinreichend deutlich. Eine rechtliche Notwendigkeit der parallelen Vollstreckung von Haupt- und Ergänzungsakt - hier durch Zwangsgeld - bedürfte aber einer besonderen Fundierung, da in den bundes- und landesrechtlichen Vorschriften über eine etwa nötige gleichartige Vollstreckung bei Vorgehen gegen mehrere Personen nichts ausgesagt ist. Es ließe sich allenfalls an das allgemeine Verbot untauglicher Mittel denken. Könnte hier die Ersatzvornahme für einen der Verwaltungsbefehle schlechthin nicht zum Erfolg führen, so dürfte und müßte auch für ihn allein das Mittel des Zwangsgeldes ergriffen werden. Es ist jedoch kein zwingender Grund ersichtlich, weshalb z. B. bei Durchsetzung eines Kündigungsverlangens gegenüber dem Eigentümer mit Zwangsgeld die Räumung gegenüber dem Vermieter nicht im Wege der Ersatzvornahme vollstreckt werden sollte. Ein derartiger Grundsatz kann also nicht anerkannt werden. Nicht zu übersehen ist allerdings eine mittelbare Vereinheitlichung:

33) Beispiel: Den Eigentümer wird fristlose Kündigung, dem Mieter Duldung der Vertragsbeendigung geboten.

34) Beispiel: Dem Eigentümer wird Kündigung, dem Mieter Räumung befohlen.

durch den im bayerischen Verwaltungsvollstreckungsrecht neuerdings geltenden grundsätzlichen Vorrang des Zwangsgeldes bei unvertretbaren Handlungen.³⁵⁾ Danach ist eine Ersatzvornahme nur noch möglich, wenn "Zwangsgeld keinen Erfolg erwarten läßt"; der früher maßgebliche und im Bundesvollstreckungsrecht³⁶⁾ auch jetzt noch fortgeltende Vorrang gerade der Ersatzvornahme gegenüber dem Zwangsgeld wurde umgekehrt. Ist für alle Vollstreckungen nach dem BayVwZVG damit zunächst einmal Zwangsgeld das allein zulässige oder doch vorrangig anzuwendende Mittel, so wird auch bei Vollstreckung unterschiedlicher Pflichten gegen mehrere Personen natürlich rein tatsächlich eine gewisse Vereinheitlichung und Parallelität erreicht. Gerade entgegengesetzt dazu wirkt sich allerdings die genannte bundesrechtliche Regelung aus. In ihrem Anwendungsbereich, d. h. vor allem bei Vollstreckung durch Bundesbehörden, sind vertretbare Handlungen grundsätzlich zunächst mit Ersatzvornahme zu vollziehen, es sei denn, dies ist "untunlich". Da für unvertretbare Handlungen und Unterlassungen auch hier allein Zwangsgeld in Frage kommt, wird ein paralleles Vorgehen hier schon aus Rechtsgründen nur in Ausnahmefällen überhaupt möglich sein.

Auf den ersten Blick schwieriger erscheint die Entscheidung, wenn sowohl Hauptakt als auch Ergänzungsakt vertretbare Handlungen fordern³⁷⁾ und daher beide einer Vollstreckung durch Ersatzvornahme wie durch Zwangsgeld grundsätzlich zugänglich sind. Hier möchte man meinen, stehe der Behörde jeweils ein doppeltes Wahlrecht zu. Für die Vollstreckung wären daher vier Wege denkbar. Das gilt allerdings nur mit erheblichen Einschränkungen. Im Anwendungsbereich der bayerischen Regelung wird hier nämlich zunächst einmal eine Vermutung dafür sprechen, daß sämtliche Maßnahmen durch Zwangsgeld zu vollstrecken sind. Ein Vorgehen auf Grund der bundesrechtlichen Vorschriften wiederum hat, soweit irgend möglich, durch Ersatzvornahme zu erfolgen. Damit ergibt sich auch hier eine gewisse Vereinheitlichung bereits aus allgemeinen vollstreckungsrechtlichen Normen. Verstärkt gilt dies, wenn es sich um mehrere völlig übereinstimmende Anordnungen - etwa gegenüber Gemeinschaftern - handelt. Hier läge bei unterschiedlichem Vorgehen häufig die Rüge einer Verletzung des Gleichheitsgrundsatzes nach Art. 3 GG nahe. Man darf jedoch

35) Art. 32 Satz 2 BayVwZVG n. F.

36) § 11 Abs. 1 Satz 2 VwVG

37) Beispiel: Dem Eigentümer wird Beseitigung (Abbruch), dem Mieter Räumung befohlen.

ein "unparalleles" Vorgehen keineswegs schlechthin als untauglich oder unzulässig ansehen. Sind Umstände gegeben, die eine Ersatzvornahme oder ein Zwangsgeld als unthunlich bzw. nicht erfolgversprechend erscheinen lassen, und greifen diese Überlegungen nur hinsichtlich einer Person - des Adressaten oder des Dritten - ein, so ist eine unterschiedliche Vollstreckung durchaus möglich und sinnvoll, ja unter Umständen sogar rechtlich zwingend erforderlich. Nur mit diesen Einschränkungen kann insgesamt dem von Wachsmuth aufgestellten Grundsatz zugestimmt werden. Daß sich über die rechtliche Notwendigkeit hinaus ein möglichst paralleles Vorgehen häufig schon aus praktischen Überlegungen empfehlen wird, braucht wohl nicht näher dargelegt zu werden; Vereinheitlichung führt oft auch zu Vereinfachung - hier etwa zu geringerem Aufwand, leichterer Überwachbarkeit gleichlaufender Fristen, Vorgänge, Zahlungseingänge. Im übrigen muß es jedoch dem Einzelfall überlassen bleiben, welcher Weg und welche Kombination am schnellsten, billigsten, mit den geringsten Reibungsverlusten und mit den niedrigsten Beeinträchtigungen für die Betroffenen zum Ziel führt. Grundsätzlich kann dies ein unterschiedliches Vorgehen genauso sein wie ein gleichmäßiges.

ZUSAMMENFASSUNG

Die wichtigsten hier gefundenen Ergebnisse bzw. für richtig gehaltenen Folgerungen sollen abschließend in einigen Sätzen zusammengefaßt werden:

1. Wegen ihrer Bindung an das Gesetz gemäß Art. 20 Abs. 3 GG darf die Behörde nichts privatrechtlich Unzulässiges fordern. Dieser Grundsatz gilt umfassend im Gesamtbereich des öffentlichen Rechts, für alle Arten von Verwaltungsbefehlen und für jede Form privater Rechtsbeziehung - einschließlich gemeinschaftsinterner Beschränkungen. Bei Verstoß gegen ihn ist der Verwaltungsbefehl zwar nicht nichtig, jedoch anfechtbar und - selbst nach Eintritt der Unanfechtbarkeit - unvollstreckbar.
2. Trotz dieses formellen Vorrangs des privaten gilt materiell ein Vorrang des öffentlichen Rechts: Wird eine privatrechtliche Zustimmung vom Drittberechtigten nicht tatsächlich erteilt, so ist sie durch einen behördlichen Ergänzungsakt gegen ihn ersetzbar, z. B. durch eine inhaltsgleiche oder eine auf Duldung gerichtete Anordnung. Bis zur letzten gerichtlichen Tatsacheninstanz kann dadurch die Rechtswidrigkeit des Hauptakts mit Wirkung ex nunc geheilt werden.
3. Verwaltungsbehörde und Verwaltungsgericht sind zur Beurteilung - damit grundsätzlich auch zur Ermittlung - der privaten Rechtsbeziehungen befugt und verpflichtet, da es sich um bloße Vorfragen ihrer Entscheidung handelt. Doch obliegt es dem Adressaten, in Erfüllung seiner Mitwirkungspflicht

die nötigen Hinweise auf vorhandene Drittrechte zu geben. Unterläßt er dies und bleibt das Drittrecht unberücksichtigt, so verletzen Behörde und Gericht nicht ihre Pflicht zur Amtsaufklärung, begehen keinen Verfahrensfehler. Dennoch ist die ergangene Entscheidung sachlich unrichtig und damit rechtswidrig. Ein "Nachschieben" der Drittrechte durch den Adressaten ist daher stets und nur bis zur letzten gerichtlichen Tatsacheninstanz möglich.

4. Zentraler Begriff für die Bewältigung der verfahrensrechtlichen Dreieckssituation Behörde - Adressat - Dritter ist die "Belastung", die unmittelbare Beeinträchtigung einer Rechtsstellung. Da jeder der privatrechtlich Verbundenen hier nur durch den unmittelbar an ihn selbst gerichteten Verwaltungsbefehl - Hauptakt oder Ergänzungsakt - belastet wird, sind diese Maßnahmen in Existenz, Wirksamkeit, Unanfechtbarkeit, Bestandskraft und Vollstreckung gesondert zu beurteilen. Die Klagebefugnis und die alleinige Prozeßführungsbefugnis stehen hier jedem einzelnen stets und nur gegen den an ihn selbst adressierten Verwaltungsbefehl zu. Eine Beteiligung bzw. Beiladung des anderen im Verwaltungs-, Widerspruchs- und Verwaltungsgerichts-Verfahren ist zulässig, doch nicht obligatorisch.

LITERATURVERZEICHNIS

Erläuterung zur Zitierweise

Bücher werden mit dem Namen des Verfassers und einer Kurzbezeichnung des Titels zitiert; diese Kurzbezeichnung ist im Literaturverzeichnis jeweils in [Klammern] angegeben. Bei gerichtlichen Entscheidungen, bei Aufsätzen usw. wird die Fundstelle genannt.

- B a c h o f , O. Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht, Verfahrensrecht in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, Tübingen Band I (3. Aufl.) 1966, Band II 1967 [Verfassungsrecht I/II]
- Rechtsweg, Parteifähigkeit, Prozeßführungsrecht und Sachlegitimation im Verfassungsrechtsstreit [Rechtsweg], in: AÖR 79, S. 107 ff.
 - Die Beiladung nach dem Gesetz über die Verwaltungsgerichtsbarkeit der amerikanisch besetzten Zone Deutschlands, in: DÖV 1949, S. 364 ff.
 - Der maßgebende Zeitpunkt für die gerichtliche Beurteilung von Verwaltungsakten, in: JZ 1954, S. 416 ff.
 - Zur maßgeblichen Rechts- und Sachlage bei Anfechtungs- und Vornahmeklagen, in: JZ 1958, S. 301
 - Anmerkung zum Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 5.8.1965, in: JZ 1966, S. 140
- B ä h r , P. Die maßgebliche Rechts- und Sachlage für die gerichtliche Beurteilung von Verwaltungsakten [Beurteilung], in: Schriftenreihe Annales Universitatis Saraviensis, Heft 25, S. 9 ff., Köln 1967
- B a r i n g , M. Die Prozeßvoraussetzungen im Verwaltungsrechtsstreit, in: AÖR 76, S. 435 ff.
- B a u e r , W. Die Beiladung nach dem Gesetz über die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der amerikanisch besetzten Zone Deutschlands, in: DÖV 1949, S. 189 ff. und 226 ff.
- B a u r , F. Richterliche Hinweispflicht und Untersuchungsgrundsatz [Hinweispflicht], in: Rechtsschutz im Sozialrecht, Hrsg.: W. Weber, C. H. Ule, O. Bachof, Köln 1965

- B e c k e r , F. Das Allgemeine Verwaltungsverfahren in Theorie und Gesetzgebung, jur. Diss., Saarbrücken 1959
- B e r n h a r d t , R. Zur Anfechtung von Verwaltungsakten durch Dritte, in: JZ 1963, S. 302 ff.
- B e t t e r m a n n , K. A. Der Schutz der Grundrechte in der ordentlichen Gerichtsbarkeit, in: Die Grundrechte, III. Band, 2. Halbband, Rechtspflege und Grundrechtsschutz, S. 779 ff., Berlin 1959
- Anm. in DVBl. 1951, S. 72 ff.
 - Wesen und Streitgegenstand der verwaltungsgerichtlichen Anfechtungsklage, in: DVBl. 1953, S. 163 ff. und 202 ff.
 - Gewerberechtliche Nachbarklage? in: NJW 1961, S. 1097 ff.
 - Anmerkung zu einem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, in: DVBl. 66, S. 793
- B l e c k m a n n , A. Die Klagebefugnis der Verbände im Anfechtungsprozeß, in: VerwArch. 1972, S. 183 ff.
- C z e r m a k , F. Beurteilung der verwaltungsgerichtlichen Anfechtungsklage nach der gegenwärtigen Sach- und Rechtslage, in: NJW 1964, S. 1662
- D e C l e r c k , H. Anmerkung in: DÖV 64, S. 152 ff.
- D ö r f f l e r , W. Verwaltungsakte mit Doppelwirkung, in: NJW 1963, S. 14 ff.
- W a c k e , G. und D r e w s , B. Allgemeines Polizeirecht - Ordnungsrecht - der Länder und des Bundes [Polizeirecht], Berlin (7. Auflage) 1961
- D ü r i g , G. Anmerkung zu einem Urteil des Bundesverfassungsgerichts, in: JZ 1957, S. 169 ff.
- E r b e l , G. Die Unmöglichkeit von Verwaltungsakten [Unmöglichkeit], Frankfurt 1972

- E y e r m a n n , E. und F r ö h l e r , L. Kommentar zur Verwaltungsgerichtsordnung, München (4. bzw. 6. Auflage) 1965 bzw. 1974
- F e l l n e r , M. Die Rechtsstellung des Hauptmieters bei Zuteilung von Wohnraum, in: DVBl. 54, S. 692 ff.
- F l e i n e r , F. Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts [/Institutionen/], Tübingen (8. Auflage), 1928
- F ö r g e r , H.-R. Teilrechtsfähigkeit rechtlich unselbständiger Anstalten des öffentlichen Rechts, in: BayVBl. 1973, S. 10
- F o r s t h o f f , E. Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 1. Band: Allgemeiner Teil [/Verwaltungsrecht I/], München (7. Aufl.) 1968
- F r o m m , Verwaltungsakte mit Doppelwirkung, in: VerwArch. 56, S. 26 ff.
- G a l l w a s , H.-U. Faktische Beeinträchtigungen im Bereich der Grundrechte, in: Schriften zum öffentlichen Recht, Bd. 126, Berlin 1970
- G i e r t h , K. Vom Sachbescheidungsinteresse, in: DVBl. 1967, S. 848 ff.
- G r o s c h u p f , O. Wie entscheidet das Verwaltungsgericht, wenn das Verwaltungsverfahren fehlerhaft war? in: DVBl. 1962, S. 627 ff.
- H a u e i s e n , F. Das formelle subjektive Recht im Verwaltungsprozeß, insbesondere das Recht auf fehlerfreie Ausübung des Ermessens, in: DVBl. 1952, S. 521 ff.
- Vom rechtmäßigen zum rechtswidrigen Verwaltungsakt, in: NJW 1956, S. 201 ff.
 - Verwaltungsakte mit Dauerwirkung, in: NJW 1958, S. 1065 ff.
 - Verwaltungsverfahren und verwaltungsgerichtliches Verfahren, in: DVBl. 1962, S. 881 ff.
 - Verwaltungsakte mit mehreren Betroffenen, in: NJW 1964, S. 2037 ff.
 - Untersuchungsgrundsatz und Mitwirkungspflicht der Beteiligten, in: NJW 1966, S. 764 ff.
- ./.

- H e i k e , H. Die Evidenztheorie als heute maßgebliche Lehre vom nichtigen Verwaltungsakt, in: DÖV 62, S. 416 ff.
- H o f f m a n n , H. Die Rechtsschutzbehauptung im Verwaltungsprozeß, in: VerwArch. 53, S. 297 ff.
- H o f f m a n n - B e c k i n g , Die Beteiligungsfähigkeit und passive Prozeßführungsbefugnis nichtrechtsfähiger Gliedkörperschaften der Universitäten im Verwaltungsprozeß, in: DVBl. 1972, S. 299 ff.
- H u b e r , E. R. Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2. Band, Tübingen (2. Auflage) 1954
- H ü b s c h m a n n - H e p p - S p i t a l e r , Kommentar zur Abgabenordnung, Köln (1. - 6. Auflage), 1951 - 1971
- J e l l i n e k , W. Verwaltungsrecht, Bad Homburg (Neudruck der 3. Auflage) 1966
- K i e n z l e , W. Anmerkung zu einem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, in: NJW 1965, S. 1497 ff.
- K o p p , F. Rechtliche Bedeutung und Tragweite der aufschiebenden Wirkung der Anfechtungsklage, in: BayVBl. 1972, S. 649
- K o r m a n n , K. System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte, Berlin 1910
- K ü h n , R. Kommentar zur Abgabenordnung, Stuttgart (9. Auflage) 1968
- L a n g , A. Untersuchungs- und Verhandlungsmaxime im Verwaltungsprozeß, in: VerwArch. 52, S. 60 ff. und 175 ff.
- L a u b i n g e r , H.-W. Der Verwaltungsakt mit Doppelwirkung „Doppelwirkung“, Göttinger rechtswissenschaftliche Studien, Göttingen 1967
- L e r c h e , P. Anmerkung zu einem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, in: DVBl. 1955, S. 776 ff.

L ü k e , G. Die Abgrenzung der Klagebefugnis im Verwaltungsprozeß, in: AÖR 84, S. 185 ff.

- Über die Beweislast im Zivil- und Verwaltungsprozeß, in: JZ 1966, S. 587 ff.

M a e t z e l , W. Beweislast und Beweiserhebung im Verwaltungsprozeß, in: DÖV 1966, S. 520 ff.

M a n g , J., M a u n z , Th., M a y e r , F.,
O b e r m a y e r , K. Staats- und Verwaltungsrecht in Bayern
Staats- und Verwaltungsrecht 7, München (2. bzw. 3. Auflage)
1964 bzw. 1968

M a r t e n s , J. Streitgegenstand und Urteilsgegenstand der Anfechtungsklage, in: DÖV 1964, S. 365 ff.

- Streitgenossenschaft und Beiladung, in: VerwArch. 1969, S. 197 ff. und 356 ff.

M a u n z , Th., D ü r i g , G. und H e r z o g , R.
Kommentar zum Grundgesetz, Band I (Art. 1 - 53) München 1971

M e n g e r , Ch.-F. Der Schutz der Grundrechte in der Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: Die Grundrechte, III. Band, 2. Halbband, Rechtspflege und Grundrechtsschutz, S. 717 ff., Berlin 1959

- System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Tübingen 1954

- Höchststrichterliche Rechtsprechung (zum Teil gemeinsam mit E r i c h s e n), in: VerwArch. 48, S. 171 und S. 355; 51, S. 262; 52, S. 102; 54, S. 402; 55, S. 185 und S. 388

N e b i n g e r , R. Verwaltungsrecht Allgemeiner Teil
Verwaltungsrecht 7, Stuttgart (2. Auflage) 1949

N e u f e l d e r , M. Prüfungsentscheidungen und prüfungsähnliche Entscheidungen im Schul- und Hochschulrecht, in: BayVBl. 1973, S. 113 ff. und S. 151 ff.

- O b e r m a y e r , K. Verwaltungsakt und innerdienstlicher Rechtsakt Verwaltungsakt, Stuttgart 1956
- Anmerkung zu einem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 12.4.1956, in: DÖV 1956, S. 538 ff.
- O p p e r m a n n , Zur Stellung des Beigeladenen im Verwaltungsstreitverfahren, in: NJW 1954, S. 744 ff.
- P a l a n d t , Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, München (32. Auflage) 1973
- P e t e r s , H. Der Dritte im Baurecht, in: DÖV 1968, S. 547 ff.
- P r o k s c h , E. Anmerkung zu einem Urteil des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs, in: BayVBl. 68, S. 252 ff.
- Bekanntmachung und Zustellung, in: BayVBl. 1971, S. 399
- R e d e k e r , K. und v o n O e r t z e n , H.-J. Kommentar zur Verwaltungsgerichtsordnung, Stuttgart (4. Auflage) 1971
- R e n c k , L. in: DÖV 1972, S. 343
- R i e t d o r f , F. Zum Musterentwurf eines Verwaltungsfahrgengesetzes, in: DVBl. 1964, S. 293 ff. und S. 333 ff.
- R i n c k , G. Das Wirtschaftsrecht im - abklingenden - Spannungsfeld zwischen öffentlichem und privatem Recht, in: Wirtschaftsrecht (WiR) Heft I (Jg. 1972)
- R u p p , H. H. Der maßgebende Zeitpunkt für die Rechtfertigung des Verwaltungsakts Der maßgebende Zeitpunkt, in: Rechtsschutz im Sozialrecht, Hrsg.: W. Weber, C. H. Ule, O. Bachof, Köln 1965
- Zur neuen Verwaltungsgerichtsordnung: Gelöste und ungelöste Probleme, in: AÖR 85, S. 149 ff. und S. 302 ff.
- Die Anfechtungsklage und notwendige Streitgenossenschaft, in: DÖV 1957, S. 144 ff.
- Anmerkung zu einem Urteil des Bundessozialgerichts, in: DVBl. 1959, S. 211
- Anmerkung zu einem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, in: JZ 1964, S. 106 ff.

- S a m p e r , R. Kommentar zum Bayerischen Polizeiaufgabengesetz (BayPAG), München 1965
- Rechtsfragen sicherheitsbehördlicher Verhütungs- und Unterbindungsmaßnahmen, in: BayVBl. 1972, S. 453 ff.
- S c h i c k , W. Antragstatbestände, Mitwirkungspflichten des Steuerpflichtigen und Amtsermittlungsgrundsatz im Besteuerungsverfahren, in: Steuer und Wirtschaft (StuW) 1969, S. 361 ff.
- S c h m i d t , H. Zum Streitgegenstand der verwaltungsgerichtlichen Anfechtungsklage, in: DÖV 1962, S. 486 ff.
- S c h m i t t , W. Die Beiladung im verwaltungsgerichtlichen Verfahren, in: NJW 1949, S. 611 ff.
- S c h m i t t - L e r m a n n , H. Handkommentar zum Bayer. Verwaltungszustellungs- und -vollstreckungsgesetz (BayVwZVG), München 1961
- S c h o l z , R. Die öffentlich-rechtliche Konkurrentenklage in der Rechtsprechung der Verwaltungs- und Zivilgerichte, in: Wirtschaftsrecht (WiR) Heft I (Jg. 1972)
- Anmerkung zu einem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, in: NJW 1969, S. 1044
- S c h u e g r a f , E. Anmerkung zu einem Urteil des Bundesverwaltungsgericht, in: NJW 1965, S. 929 ff.
- S c h u n c k , E. und D e C l e r c k , H. Kommentar zur Verwaltungsgerichtsordnung, Siegburg 1961
- S c h w e i g e r , K. Die für die Entscheidung über die verwaltungsgerichtliche Anfechtungsklage maßgebliche Sach- und Rechtslage, in: DVBl. 1964, S. 205 ff.
- Anmerkung zu einem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, in: DVBl. 66, S. 317 ff.

- Schwerdtfeger, G. Baugenehmigungsverfahren und zivilrechtliche Berechtigung zum Bauen, in: DÖV 1966, S. 494 ff.
- Sellmann, M. Die Problematik der Verwaltungsakte mit Doppelwirkung, in: NJW 1964, S. 1545 ff.
- Siegmund-Schultze, G. Die Bekanntgabe von Verwaltungsakten mit mehreren Betroffenen, in: DVBl. 1966, S. 247 ff.
- Söhn, H. Teilbarkeit von Verwaltungsakten, die auf eine Geldleistung gerichtet sind, in: VerwArch. 1969, S. 64
- Stahl, W. E. Beiladung und Nebenintervention, Schriften zum Prozeßrecht, Bd. 27, Berlin 1972
- Staudinger, J. v. Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Berlin (10./11. Auflage) 1967
- Stein, W. Die Anfechtung von verwaltungsrechtlichen Vollstreckungsmaßnahmen, in: NJW 63, S. 185 ff.
- Stern, K. Sachlegitimation, Prozeßführungsbefugnis und Beiladung unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts, in: Rechtsschutz im Sozialrecht, Hrsg.: W. Weber, C. H. Ule, O. Bachof, Köln 1965
- Theuerkauf, H. Abänderung unanfechtbarer Verwaltungsakte und Drittinteresse, in: DVBl. 1964, S. 386 ff.
- Thieme, W. Evidenz und Nichtigkeit, in: DÖV 1962, S. 686 ff.
- Thomas, H. und Putzo, H. Kommentar zur Zivilprozeßordnung, München (3. Auflage) 1968
- Ule, C. H. Verwaltungsprozeßrecht - Ein Studienbuch - Verwaltungsprozeßrecht, München (4. Auflage) 1966
- Verwaltungsgerichtsbarkeit, Band I, zweiter Halbband, München (2. Auflage) 1962
 - Anmerkungen zum 20. Band der Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts, in: DVBl. 66, S. 196

- U l e , C. H. und B e c k e r , Fr. Verwaltungsverfahren
im Rechtsstaat, Köln 1964
- U l e , C. H. und R a s c h , E. Allgemeines Polizei- und
Ordnungsrecht [Polizei- und Ordnungsrecht], in: M. v. Brauchitsch,
Verwaltungsgesetze des Bundes und der Länder (neu hrsg. von C. H.
Ule) Band III, erster Halbband, Köln 1965
- U l e , C. H. und S e l l m a n n , M. Zum Stand der Ver-
einheitlichung des Verwaltungsverfahrens, in: DVBl. 1967 S. 837 ff.
- U m h a u , G. Das Verhältnis von Anordnung und Vollstreckung
im Verwaltungsverfahren, Jur. Diss., Würzburg 1967
- Verwaltungsverfahrensgesetz, Musterentwurf [EVwVfG 1963], ohne
Hrsg., Köln (2. Aufl.) 1968
- Gesetzentwurf der Bundesregierung [EVwVfGBReg], Bundestagsdruck-
sache VI/1173
- V o n f i c h t , F. Die Vollziehbarkeit von Verwaltungsakten
und die aufschiebende Wirkung von Rechtsbehelfen, in: BayVBl. 1972,
S. 661
- W a c h s m u t h , H. J. Die baurechtliche Beseitigungsanord-
nung gegenüber mehreren Beteiligten, in: BayVBl. 1969, S. 265 ff.
- W a c k e , G. Gegenstand und Rechtskraft bei der verwaltungs-
gerichtlichen Klage, in: AÖR 79, S. 158 ff.
- W o l f f , H. J. Verwaltungsrecht, München, Band I (8. Auflage)
1971; Band III (3. Auflage) 1973; da die §§ 167-171 (Rechtsschutz)
in der 3. Auflage von Band III entfielen, wird insoweit die 2. Auf-
lage (1967) zitiert.

LEBENS LAUF

Ich wurde am 17. April 1942 in Nürnberg als Sohn des Dipl.-Kfm. Dr. Helmut Kormann, gef. am 29. März 1944, und seiner Ehefrau Karoline, verst. am 18. April 1972, geboren. Nach dem Besuch der Volksschule und des Realgymnasiums in Nürnberg legte ich 1951 das Abitur ab. Das folgende Studium der Rechtswissenschaft in Erlangen, Lausanne und München beendete ich 1965 mit dem 1. jur. Staatsexamen in Erlangen. Meiner Referendarausbildung, während der ich noch fünf Semester Volks- und Betriebswirtschaftslehre belegte, folgte 1969 das 2. jur. Staatsexamen. Im Jahre 1970 trat ich in den Staatsdienst. Nach je einjähriger Tätigkeit bei der Regierung von Mittelfranken in Ansbach und am Landratsamt in Erlangen bin ich seit 1. Februar 1972 in München im Bayer. Staatsministerium für Wirtschaft und Verkehr tätig. Seit Januar 1972 bin ich verheiratet.

